

**revista
de
derecho
publico**

n° 173 - 174

**enero
junio 2023**

 **editorial jurídica venezolana**

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Domingo **ALFONSO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Rafael **CHAVERO**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Antonio **SILVA ARANGUREN**, Gabriel **SIRA SANTANA**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Dolores **AGUERREVERE**, Asdrúbal **AGUIAR**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Carlos **AYALA CORAO**, Rafael **BADELL MADRID**, José Rafael **BELANDIA GARCÍA**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Humberto **BRICEÑO**, Alejandro **CANONICO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Carlos **GARCÍA SOTO**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Flavia **PESCI-FELTRI**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Carlos **REVERÓN BOULTON**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Nelson **SOCORRO**, Miguel Ángel **TORREALBA SÁNCHEZ**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Alberto R. **DALLA VIA**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Miriam N. **IVANEGA**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, William **ZAMBRANO CETINA (Colombia)**, Gladys **CAMACHO CÉPEDA**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO (Honduras)**, Luis José **BEJAR RIVERA**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADÉS (México)**, Karlos **NAVARRO MEDAL (Nicaragua)**, Javier E. **SHEFFER TUÑÓN (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANÓS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, Orlando **VIGNOLO CUEVAS**, Diego Hernando **ZEGARRA VALDIVIA (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Carlos E. **DELPIAZZO**, Augusto **DURÁN (Uruguay)**

Revista de Derecho Público

Pág.Web: <http://www.revistadederechopublico.com>

Fundación de Derecho Público

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

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39. Caracas 1050, Venezuela.

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público, Publicación Trimestral

Nº 1 (Enero/marzo 1980)

Nº 1 (Digital) (01 de marzo de 2023)

Caracas, Venezuela

Hecho Depósito de Ley. Depósito Legal: pp 198002DF847

ISSN (Papel): 1317-2719

ISSN (Electrónico): 2959-6416

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21 x 12.5

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público acepta artículos inéditos en el campo del derecho público. Para el envío de un artículo, los autores deben enviar un correo electrónico a través de la sección contacto de su página web, o a alguno de sus directores.

En la elaboración de artículos, debe atenderse a las normas siguientes:

1. Los trabajos deben realizarse por escrito a espacio y medio, en letra Times New Roman 9,5, y tener una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deben seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una indicación de palabras clave (en los dos idiomas).
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además, incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptan para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no hay compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

El texto de los ejemplares de la Revista de Derecho Público, así como el texto de cada uno de los trabajos publicados en la misma, están disponibles en la página web de la Revista: <http://www.revistadederechopublico.com>

La adquisición de ejemplares impresos de la Revista puede hacerse a través de las plataformas de todas las librerías globales.

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 Nº 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

Para esta impresión por Lightning Source, an INGRAM Content Company, para Editorial Jurídica Venezolana International Inc., Panamá, República de Panamá, para su disponibilidad en las plataformas de las librerías globales: ISBN: 979-889-184-9341.

ESTUDIOS

Artículos

- Consideraciones sobre la exceptio non adimpleti contractus* por Enrique **URDANETA FONTIVEROS**..... 9
- La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos en Venezuela luego de 2013* por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 33
- Corte Internacional de Justicia, El Esequibo. Tratado de Washington, Derecho Aplicable* por Humberto **BRICEÑO LEÓN** 47
- El proceso de codificación del procedimiento administrativo y la influencia de la Legislación Española en el régimen sobre la revocación y anulación de los actos administrativos* por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 67
- La impugnación internacional del laudo arbitral por fraude procesal: especial referencia a la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba* por Mercedes Alicia **CARRILLO ZAMORA** 89
- Comentarios Monográficos
- Administración y Derecho Administrativo en perspectivas de ayer y hoy* por Armando **RODRÍGUEZ GARCÍA** 111
- El estado de derecho en jaque en Chile: Una mirada previa al 11 de septiembre de 1973* por Marisol **PEÑA TORRES** 127

<i>Falacias del “Libro Azul” Británico en la cuestión venezolana (1896)</i> por William L. SCRUGGS	136
<i>Breves comentarios acerca de los acuerdos binacionales en materia comercial, de transporte y de protección de inversiones suscritos entre Venezuela y Colombia hasta mayo de 2023</i> por Juan Domingo ALFONZO PARADISI - Juan Andrés MIRALLES QUINTERO	154
<i>Aproximación al estudio de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela</i> por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	163
<i>Doña Barbara de Rómulo Gallegos. El autoritarismo, el fantasma que siempre nos acecha</i> por Julie T. GONZÁLEZ DE KANCE	186
LEGISLACIÓN	
Información Legislativa	
<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Primer Semestre de 2023</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	205
Comentarios Legislativos	
<i>Evolución histórico-legislativa de la interpretación de la Constitu- ción en Bolivia. Contexto de las leyes interpretativas sancionadas durante el siglo XX hasta la alborada del siglo XXI</i> por Alan E. VARGAS LIMA	217
<i>La antihistórica y antijurídica modificación del himno del Estado Mérida</i> por Román J. DUQUE CORREDOR	247
<i>Cerco normativo a la libertad asociación en Venezuela</i> por Ali DANIELS PINTO	251
<i>La Ley de participación estudiantil en el subsistema de educación básica: Análisis crítico</i> por Carlos Eduardo HERRERA M.	271
<i>Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre al- gunas de sus incongruencias inconstitucionales</i> por Allan R. BREWER-CARIÁS	278

<i>Cinco razones para preocuparse por el proyecto de ley de extinción de dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela</i> por Cosimina PELLEGRINO y Laura LOUZA	294
--	-----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2023</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ	301
---	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>Variaciones sobre el control de convencionalidad: A propósito de la STC 140/2018</i> por Luis María DIEZ PICAZO	325
---	-----

<i>La ilegitimidad de la sentencia de la Sala de Casación Civil N° 81 del 16 de abril de 2021: Diosdado Cabello vs El Nacional</i> por Román DUQUE CORREDOR	339
--	-----

<i>La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito, de la sentencia 315 de 28-04-2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i> por Emilio J. URBINA MENDOZA	345
---	-----

<i>Algunas problemáticas del control judicial de la discrecionalidad administrativa a través del principio de proporcionalidad</i> por Simón FERNÁNDEZ BRAVO	369
---	-----

<i>Abandono de criterio en caso de desacato al mandato de amparo constitucional</i> por Marizabel FERNÁNDEZ SUZZARINI	392
--	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

<i>Jurista Global</i> por Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE	395
---	-----

ESTUDIOS

Artículos

Consideraciones sobre la *exceptio non adimpleti contractus**

Enrique Urdaneta Fontiveros**

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: El artículo examina el campo de aplicación, los supuestos de procedencia y las consecuencias jurídicas de la excepción *non adimpleti contractus*, también llamada excepción de incumplimiento contractual, en el Derecho venezolano.

Palabras Clave: *Exceptio non adimpleti contractus*. Excepción de incumplimiento contractual. Incumplimiento de los contratos.

Abstract: This article analyses the scope, requisites, and legal effects of the *exceptio non adimpleti contractus* or defense of contractual non-performance under Venezuelan law.

Key words: *Exceptio non adimpleti contractus*. Contractual non-performance defense. Non-performance of the contract.

SUMARIO

- I. NOCIÓN
- II. CONSAGRACIÓN LEGAL
- III. FUNDAMENTO
- IV. FUNCIONES
- V. CAMPO DE APLICACIÓN
- VI. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

1. *La existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral.* A. La obligación del excipiens. B. La obligación del demandante. 2. *El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción.* A. Incumplimiento total o parcial. Cumplimiento defectuoso. B. Carácter culposo del incumplimiento. C. El incumplimiento debe haberse consumado. D. No es necesario que el incumplimiento tenga carácter resolutorio. 3. *Las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo.* 4. *La oposición de la excepción debe ajustarse al principio de la buena fe.* A. El principio general y sus consecuencias. B. La gravedad de la inejecución y el poder de apreciación del juez.

VII. EFECTOS

* Texto preparado para la videoconferencia “Reflexiones sobre la excepción *non adimpleti contractus*”, organizada por la *Cátedra Doctora María Candelaria Domínguez Guillén* con el auspicio tecnológico de Fundación Universitas, Caracas 12 de junio de 2023. Para un examen más detallado de los diversos puntos a que se contrae la presente exposición, puede consultarse mi libro *Régimen Jurídico de la Exceptio Non Adimpleti Contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, No. 103, Caracas, 2013.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1. *Efecto suspensivo de la excepción*. 2. *Efectos derivados de la suspensión del deber de cumplimiento*. A. En principio, la *exceptio* suspende totalmente la ejecución de la prestación. B. Impide toda ejecución forzosa de la obligación. C. No coloca al excepcionante en *mora solvendi* ni al excepcionado en *mora credendi*. D. El *excipiens* no debe hacer imposible la reanudación del contrato. E. No interrumpe ni suspende la prescripción

VIII. RENUNCIA

IX. EXTINCIÓN

I. NOCIÓN

Con frecuencia una de las partes de un contrato bilateral no cumple con sus obligaciones y pretende, a su vez, que la otra parte ejecute las suyas. La ley le concede entonces a esta última un medio de defensa para paralizar la acción de aquélla. Este remedio defensivo que le permite al contratante denegar la ejecución de la prestación por él debida en tanto no se cumpla la contraprestación que se le adeude es la *exceptio non adimpleti contractus* (también llamada excepción de incumplimiento contractual, o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca)¹. Su finalidad es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. En síntesis, “no cumplo porque tú no cumples”.

La *exceptio non adimpleti contractus* es la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin haber ejecutado la suya, salvo que aquella esté obligada a cumplir con carácter previo.

La excepción de incumplimiento contractual se funda en la idea de que no es justo que una de las partes exija a la otra el cumplimiento de su obligación sin a su vez haber cumplido con su propia obligación. Por consiguiente, si una de las partes de un contrato bilateral exige la ejecución de su crédito sin a su vez cumplir con su propia deuda, la otra puede negarse oponiendo la excepción de incumplimiento.

En el Derecho venezolano, la *exceptio non adimpleti contractus* es una defensa cuya alegación debe hacer el interesado en la oportunidad fijada para la contestación de la demanda; y si no lo hiciere, se entenderá tácitamente renunciada puesto que el juez no puede hacerla valer de oficio. Es una *verdadera excepción perentoria o defensa de fondo* que pospone la pretensión del contratante que reclama el cumplimiento y cuya eficacia consiste en una suspensión de la ejecución contractual, sin que afecte para nada la validez del contrato o la subsistencia de sus efectos.²

¹ En este trabajo se hace referencia a la *exceptio non adimpleti contractus*, tanto cuando se utiliza esta expresión en forma completa en latín, como también cuando se emplean los términos excepción de incumplimiento contractual, excepción de incumplimiento o, simplemente, excepción o *exceptio*.

² José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Quinta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 61, Caracas, 2012. pp. 776-777; Sentencia del 23-11-1988 en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Pierre Tapia, N° 11, noviembre 1988, p. 350; Sentencia del 08-06-1960 en *Gaceta Forense. Segunda Etapa*, N° 28, p. 255. Cabe hacer notar, sin embargo, que en la doctrina francesa Malecki afirma que en estricto rigor no puede afirmarse que la *exceptio* sea una excepción perentoria “puesto que su procedencia no tiene por efecto arruinar definitivamente la pretensión del demandante, sino *impugnarla*” (Catherine Malecki, *L'Exception d'Inexécution*, L.G.D.J., París, p. 282).

II. CONSAGRACIÓN LEGAL

El artículo 1.168 del Código Civil dice textualmente lo siguiente:

En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones.

Esta disposición que consagra en términos generales la excepción de incumplimiento contractual fue incluida por primera vez en el Código Civil de 1942 siguiendo la orientación del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos.

Nuestros Códigos Civiles anteriores siguiendo el modelo francés no consagraban con carácter general la excepción de incumplimiento contractual y se limitaban a establecer concretas aplicaciones de la *exceptio* en algunos casos particulares en materia de venta (artículos 1.535, 1.570 y 1.572 del Código Civil de 1922), así como en la permuta (artículo 1.604 del Código Civil de 1922). Además, existían en dichos códigos numerosas disposiciones que consagraban el llamado derecho de retención que, si bien tiene algunos puntos de contacto con la excepción de incumplimiento, existen diferencias sustanciales entre ambos institutos.

III. FUNDAMENTO

En el Derecho moderno se han desarrollado diversas teorías para explicar la razón de ser de la *exceptio non adimpleti contractus* y justificar su existencia.

De acuerdo con *la teoría clásica de la causa*, el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes es la causa de la obligación del otro. Por lo cual, si una de las partes no cumple, la obligación de su contraparte carecería de causa y en consecuencia no podría exigirse su cumplimiento. Se explica así que cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación si el otro le exige su cumplimiento, sin a su vez haber cumplido con su propia obligación.

A la teoría de la causa se le critica que la causa es una condición de validez de los contratos y su ausencia puede constituir un obstáculo para la formación de la obligación, pero de ningún modo para su ejecución³. Se afirma, además, que no es necesario acudir a esa teoría, pues su aceptación implicaría postular la ausencia de causa de la obligación de quien opone la excepción, lo que es inexacto, desde que esa parte puede ejecutar la prestación u ofrecer hacerlo; esto demuestra que la causa de la obligación aún subsistiría.

Según otros autores, la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en la interdependencia de las prestaciones.

En los contratos sinalagmáticos, se afirma, las obligaciones son recíprocas e interdependientes. La obligación asumida por uno de los contratantes constituye la razón de ser de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que cada uno está obligado porque el otro está a su vez obligado con él. Por consiguiente, no hay ninguna razón para obligar a uno de los contratantes a ejecutar su obligación con el otro, si este no ejecuta la suya. Admitir que uno de los contratantes esté obligado a cumplir mientras que el otro no cumpla, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático⁴.

³ Boris Starck, *Droit Civil (Obligations)*, Librairies Techniques, París, 1972, p. 648.

⁴ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI, Traducción al castellano de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A, Habana, 1946, p. 58; Henri De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tomo II (*Les Obligations*) (Primera Parte), Bruylant, Bruselas,

En el fondo, la idea de reciprocidad o interdependencia que explican los anticausalistas franceses y parte de la doctrina española reproduce en casi los mismos términos la noción de causa empleada por los partidarios de la teoría de la causa. Por tanto, las mismas críticas que se le hacen a la teoría que fundamenta la *exceptio non adimpleti contractus* en la noción de causa, pueden hacerse igualmente a quienes la fundamentan en la noción de interdependencia entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral.

Según otros, la *exceptio non adimpleti contractus* reposa en el sinalagma funcional.

El sinalagma se distingue en genético y funcional. El primero consiste en un nexo causal que liga a las obligaciones en el momento del perfeccionamiento del contrato. El sinalagma funcional, en cambio, consiste en una conexión causal que existe entre las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, no ya en el momento de su nacimiento, sino en el de su ejecución. La *exceptio non adimpleti contractus*, la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales serían manifestaciones del sinalagma funcional.

A esta teoría se le critica que no es necesario acudir a la noción de sinalagma funcional para poner de relieve el nexo de interdependencia entre las prestaciones. Pero adicionalmente se le critica a esta teoría que no adelanta un paso en la indagación del fundamento de la *exceptio* y de los demás efectos en orden al cumplimiento de las respectivas obligaciones surgidas de un contrato bilateral. Se afirma que es precisamente porque existe la excepción, la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos por lo que puede afirmarse que las obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos son interdependientes, pero no al contrario, y que no entenderlo así supone confundir causa y efecto⁵.

Algunos autores afirman que la *exceptio* constituye un derivado de la resolución por incumplimiento que está implícita en las disposiciones del Código Civil que consagran la resolución del contrato. Como lo menos está comprendido en lo más, se afirma, sería un contrasentido del legislador haber acordado el derecho de resolución y no el más simple de negarse a ejecutar la propia prestación hasta que por lo menos, el contrato llegue a cumplirse⁶. Quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo.

A esta teoría se le critica que nada autoriza a considerar que la *exceptio* esté implícita en la resolución puesto que ambas figuras, aunque obedecen en última instancia al mismo principio, se articulan de forma diferente, tienen un campo de aplicación distinto, cumplen diferente función y producen efectos distintos⁷.

1948/1952, pp. 761-763; Pierre Van Ommeslaghe, *Droit des Obligations*, Tomo I (Primera Parte), Bruylant, Bruselas, 2010, p. 855.

⁵ Enrico Dell'Aquila, *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*, Salamanca, 1981, pp. 165-166.

⁶ Gabriel Baudry-Lacantinerie, y Louis Barde, "Des Obligations" (Tomo II)", en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XII, París, 1902, pp. 136-137; Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, p. 777; Jorge Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. IV, Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 206.

⁷ Si con la resolución se busca la terminación del vínculo, con la *exceptio* se busca preservar el equilibrio durante la vida de la relación, en el curso de su ejecución. Como afirma Barassi, a través de la posibilidad que se concede al acreedor de optar entre el cumplimiento o la resolución, se le procura una tutela directa e inmediata para obtener la satisfacción de su crédito; en cambio, la tutela que procura la *exceptio* es mediata e indirecta en cuanto que se limita a impedir la satisfacción del crédito del co-contratante mediante la presión que sobre él ejerce el *exciptiens* para inducirle al cumplimiento; tratándose de dos institutos que en cierto sentido inciden de modo contrario sobre

Según algunos autores la *exceptio non adimpleti contractus es una consecuencia del principio de la buena fe* que las partes deben desarrollar en la ejecución de todo contrato (Código Civil, artículo 1.160), muy especialmente en los contratos bilaterales⁸. Según otros, *son razones de equidad las que justifican la existencia de la exceptio*, puesto que resulta claramente contrario a la equidad que un contratante que no cumple ni ofrece cumplir su obligación pretenda, aunque tenga derecho a ello, el cumplimiento de su crédito⁹.

Otros autores alegan como fundamento de la excepción *la voluntad presunta de los contratantes*.

A esta teoría se le critica que tendría como consecuencia limitar la excepción a los contratos sinalagmáticos perfectos, con lo cual se reduciría considerablemente su campo de aplicación impidiéndose su extensión a algunas situaciones extracontractuales en las cuales existe identidad de razón para aplicar la *exceptio*¹⁰.

A nuestro modo de ver, cada una de estas teorías aporta elementos útiles para explicar la razón de ser de la excepción por incumplimiento. El fundamento de la excepción está en la reciprocidad, es decir, como entre las obligaciones hay una dependencia que no sólo existe al principio (sinalagma genético), sino que perdura aún después de la formación del contrato (sinalagma funcional), si una de las partes no cumple sus obligaciones, la otra podrá suspender el cumplimiento de las que le incumben. Se trata de una consecuencia natural que resulta de la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas. A esta habría que añadir como fundamentación, principios generales en materia del Derecho de obligaciones, como el de la buena fe (Código Civil, artículo 1.160), e incluso principios generales del derecho como la equidad que mediante la *exceptio non adimpleti contractus* se concretan en el principio de la preservación del equilibrio del contrato en el momento de su ejecución. Son todas estas las razones que explican la consagración de la *exceptio* en el artículo 1.168 del Código Civil.

IV. FUNCIONES

La excepción de incumplimiento contractual cumple una función de garantía y sirve de medida indirecta de presión al cumplimiento.

La *exceptio* desempeña una importante función de garantía en el sentido de que al tener a su alcance la facultad de denegar el cumplimiento de su propia prestación hasta tanto la otra parte cumpla con su respectiva contraprestación, cada contratante se asegura el pago de su crédito¹¹.

el vínculo, no puede entenderse el uno implícito dentro del otro. (Ludovico Barassi, *La Teoria Generale delle Obligazioni*, Vol. III, Giuffrè Editore, Milán, 1948, p. 434).

⁸ Carlo Lessona, “Legitimità della massima inadimpleti non adimplendum”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* dirigida por A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XVI. (Primera Parte), Casa Editrice Francesco Vallardi, Milán, 1918, p. 383.

⁹ José Luis La Cruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Vol. I, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 192-193.

¹⁰ Jacques Ghestin y Marc Billau, “Les obligations - Les effets du contrat,” en *Traité de Droit Civil*, Tome III. L.G.D.J. París, 1992, p. 349.

¹¹ Al respecto, véase: Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *ob. cit.*, Tomo VI. p. 612; María Cruz Moreno, *La Exceptio non Adimpleti Contractus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 38.

Pero adicionalmente la *exceptio non adimpleti contractus* sirve de medida indirecta de presión para constreñir al deudor recíproco al cumplimiento. Como la *exceptio* suspende la ejecución del contrato y paraliza la pretensión del contratante que reclama el cumplimiento hasta tanto este cumpla con su respectiva contraprestación, la *exceptio* sirve de mecanismo inductor al cumplimiento¹². Por supuesto este mecanismo de presión será tanto más eficaz cuanto mayor sea el interés que tenga el demandante en obtener la prestación que le adeude el *excipiens*.

V. CAMPO DE APLICACIÓN

Para indicar el campo de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, el artículo 1.168 del Código Civil se refiere explícitamente al “contrato bilateral” y el artículo 1.134 *eiusdem* establece que “el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente”.

Se admite, como regla general, que la excepción de incumplimiento no debe aplicarse sino a los *contratos bilaterales* pues su fundamento se basa en la propia estructura de las obligaciones recíprocas que derivan de estos contratos; por ello parece natural, en principio, limitar a dichos contratos el ámbito de aplicación de la *exceptio*¹³.

La *exceptio non adimpleti contractus* no se aplica a los *contratos unilaterales* ni a los *contratos bilaterales imperfectos*, esto es, aquellos contratos que inicialmente sólo producen obligaciones para una de las partes, pero que durante la vida del contrato hacen o pueden hacer surgir obligaciones para ambas partes como, por ejemplo, el depósito, el comodato y el mandato¹⁴.

La *exceptio non adimpleti contractus* prevista en el artículo 1.168 se aplica sólo en el caso de los contratos bilaterales, por ser precisamente consecuencia de la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones. Por lo cual, en un contrato bilateral imperfecto el que se ha convertido en acreedor durante el curso de la ejecución del contrato, en caso de inejecución de la otra parte, sólo podrá invocar las sanciones del derecho común tales como la acción de cumplimiento o el cumplimiento por equivalente, salvo en ciertos casos la posibilidad de ejercer el derecho de retención cuando así lo establece la ley como, por ejemplo, en el caso del contrato de mandato y del contrato de depósito. Pero este derecho, aunque guarda puntos

¹² Al respecto, véase: René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, Tesis, París, 1914, p. 348; Giovanni Persico, *L'Eccezione d'Inadempimento*, Giuffrè, Milán, 1955, p. 8.

¹³ Así lo consagran de modo expreso, entre otros, los Códigos Civiles alemán, suizo de las Obligaciones y venezolano.

¹⁴ El contrato de depósito engendra ordinariamente sólo una obligación de restituir la cosa depositada a cargo del depositario, no quedando inicialmente el depositante obligado a nada, sino en el caso en el que el depositario tenga que realizar gastos para la conservación de la cosa y eventualmente cuando el depositante deba indemnizar al depositario por daños causados por la cosa depositada (Código Civil, artículo 1.773). En el comodato, en principio, sólo el comodatario queda obligado a restituir al comodante la cosa recibida en calidad de comodato (Código Civil, artículo 1724), pero el comodante puede resultar obligado a reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios, necesarios o urgentes que éste se hubiese visto obligado a efectuar (Código Civil, artículo 1.733). En el mandato, en su inicio sólo el mandatario se obliga a realizar la gestión encomendada (Código Civil, artículo 1.684), pero el mandante quedará obligado a reembolsar al mandatario los avances y gastos efectuados por éste en la ejecución del mandato (Código Civil, artículo 1.699).

de contacto con la *exceptio non adimpleti contractus*, no puede confundirse con esta última, porque existen diferencias importantes entre uno y otra¹⁵.

Ahora bien, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un contrato que solo hace surgir normalmente obligaciones a cargo de una de las partes, pueda en el caso concreto producirlas también para la otra parte como ocurre en el caso del mandato remunerado o del depósito remunerado. Por convenio, las partes pueden pues transformar un contrato que por su naturaleza es unilateral en un contrato bilateral, o sea, en un contrato con obligaciones recíprocas en cuyo caso, en razón de la interdependencia creada por la voluntad de los contratantes entre las obligaciones a cargo de cada uno de ellos, cabría la aplicación de la *exceptio*¹⁶.

Tampoco vemos obstáculo a que los particulares, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, puedan crear un nexo de interdependencia entre contratos distintos con lo cual el campo de aplicación de la *exceptio* quedaría ampliado a las obligaciones recíprocas derivadas de los *contratos enlazados* que ellos celebren.

En tales casos la inexecución de la obligación nacida de uno de esos contratos puede justificar la suspensión de la obligación derivada del otro. Por ejemplo, el incumplimiento de una obligación a cargo del franquiciante establecida en el contrato de franquicia puede justificar la suspensión del pago de los cánones de arrendamiento adeudados por el franquiciado en razón de un contrato de arrendamiento concluido con el franquiciante¹⁷.

Para que exista reciprocidad se requiere, por supuesto, que los diversos contratos enlazados o conexos hayan sido celebrados entre las mismas partes; por lo cual, no puede el arrendatario suspender el pago del canon de arrendamiento por el hecho de que el sub-arrendatario no pague el canon del sub-arrendamiento.

De acuerdo con un sector de la doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales, en materia de *contratos administrativos* el co-contratante de la Administración no puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* para dejar de cumplir sus obligaciones cuando la Administración contratante le exija el cumplimiento sin a su vez haber cumplido sus propias obligaciones¹⁸.

¹⁵ Al respecto, véase: Enrique Urdaneta Fontiveros, *ob. cit.*, pp. 35-40.

¹⁶ Al respecto, véase: Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, pp. 411-412; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 762-763.

¹⁷ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, "L'exception d'inexécution en droit belge (Rapport Belge)," en *Les Sanctions de l'Inexécution des Obligations Contractuelles. Études de Droit Comparé* dirigida por Marcel Fontaine y Geneviève Viney, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lovain, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 71-73, especialmente, la nota 40 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada.

¹⁸ Al respecto, véase: Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 163-165; María Amparo Grau, "Principios generales de los contratos administrativos," en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías" (Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado")*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2006, pp. 37-39. La doctrina y la jurisprudencia nacionales, en esencia, siguen en esta materia las orientaciones de la doctrina administrativa francesa clásica expuesta por Jean Rivero en los siguientes términos: "Si es la Administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al co-contratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la Administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta

Se afirma, en este sentido, que la relación jurídica de subordinación en que se encuentra el particular que contrata con la Administración aunada a la primacía del interés público que preside el contrato administrativo excluye la aplicación a este tipo de contrato de la regla contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Así lo dejó establecido la antigua Corte Federal y de Casación en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 en los siguientes términos:

Antes de examinar este alegato... cabe observar... que en los contratos administrativos que interesan a un servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla *inadimplenti non est adimpledum*, partiendo no sólo del carácter de subordinación de la actividad del contratista, al supremo interés público del servicio, que autoriza, como se ha visto, no considerar intangible el contrato cuando dicho interés lo exige, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos de la índole ya indicada.¹⁹

En diversas sentencias de nuestro máximo tribunal se ha reiterado este criterio²⁰.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, el principio general según el cual cada una de las partes de un contrato bilateral puede negarse a cumplir su obligación si la otra parte no ejecuta la suya (claro está, si se llenan los requisitos para la procedencia de la *exceptio*) resulta alterado en el ámbito de la contratación administrativa. El interés público al cual queda sujeta la actividad contractual de la Administración determina que el contratista debe prestar el servicio con la continuidad requerida y que no puede, por tanto, amparándose en el incumplimiento de las obligaciones de la Administración, suspender la ejecución del contrato para dejar de cumplir las suyas²¹.

De ahí que, según esta dirección jurisprudencial, la demora en el pago por parte de la Administración contratante o cualquier otra falta de la Administración no le permite al contratista suspender el cumplimiento del contrato quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad de reclamar – sin excepcionarse del cumplimiento de sus obligaciones – la compensación debida por los daños y perjuicios causados por la actuación de la Administración²².

muy grave.” (Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Traducción al castellano, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 137). En el mismo sentido, también en la doctrina francesa, véase: Gastón Jèze, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Tomo VI. Traducción al castellano, Buenos Aires, 1950, p. 229.

¹⁹ Sentencia de la Corte Federal y de Casación de fecha 05-12-44 en *Memoria de la Corte Federal y de Casación* (1945), Tomo I, Imprenta Nacional, Caracas, 1945, p. 290.

²⁰ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de agosto de 1998 (Expediente N° 14.695) (Consultada en original); Sentencia del 11-04-00 en *Ramírez & Garay*, Tomo CLXIV, p. 388; Sentencia del 14-07-04 en *Ramírez & Garay*, Tomo CCXIII, pp. 300-302; Sentencia del 17-07-08 en *Ramírez & Garay*, Tomo CCLVI, pp. 423-424.

²¹ En cambio, nuestro máximo tribunal sí ha estimado procedente la *exceptio non adimpleti contractus* cuando esta es opuesta por el ente público contratante en razón del incumplimiento del contrato por parte de su contraparte contractual. Al respecto, véase: Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de febrero de 1995, *Jesús Barrios Barco vs Corporación de Mercadeo Agrícola* (Consultada en original); Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26-02-02, *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cría*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>.

²² Cabe hacer notar, sin embargo, que tanto el Decreto N° 1.821 mediante el cual se dictaron las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras publicado en la Gaceta Oficial N° 34.797 del 12 de septiembre de 1991, como el Decreto N° 1.417 mediante el cual se reformaron

La doctrina moderna se orienta en el sentido de atemperar el rigor de este criterio mantenido por nuestros tribunales para admitir que si la falta de la Administración es de tal magnitud que le impide al co-contratante cumplir el contrato, éste tiene el derecho de suspender su ejecución.

Exponente de esta corriente de opinión en la doctrina nacional es el autor Mauricio Subero Mujica cuando afirma que “tanto el interés de la Administración (equivalente al interés general) en que el servicio o la obra se presten o ejecuten de manera eficiente (lo que supone la solvencia del contratista), así como el interés en no hacer excesivamente onerosa o imposible la contratación de la Administración, impone la necesidad de que, en ciertas condiciones extremas, que se erigen en una total imposibilidad de ejecución de las obligaciones del contratista o que lo colocan en riesgo o precariedad, se admita la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*”²³.

Más recientemente, el autor José Antonio Muci Borjas ha criticado la posición de la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre la materia y sostiene que “es inexacto afirmar que la contraparte contractual de la Administración tiene prohibido invocar la *exceptio* sin más ni más cuando media -o medió- un contrato administrativo”²⁴.

dichas Condiciones publicado en la Gaceta Oficial N° 5.096 Extraordinario de fecha 31 de julio de 1996, consagraron el derecho de quien contratara con el Poder Nacional la ejecución de una obra de paralizar la ejecución del contrato en caso de retraso significativo en el pago del precio por parte del ente contratante. En efecto, en el artículo 53 del precitado Decreto N° 1.417 se establece: “El Contratista tendrá derecho a paralizar la obra, en caso de que el Ente Contratante tenga un atraso mayor de treinta (30) días calendario en el límite establecido en el párrafo anterior (para la entrega del anticipo del precio de la obra), hasta tanto se realice el pago del anticipo.” Asimismo, según el artículo 60 *ejusdem*: “Cuando el Ente Contratante tenga un atraso en los pagos de valuaciones por más de sesenta (60) días calendario por cantidades superiores al diez por ciento (10%) del monto total del contrato más el porcentaje que represente el saldo no amortizado del Anticipo, el Contratista tendrá derecho a paralizar la ejecución de la obra hasta tanto se realice el pago y en este caso se considerará otorgada una prórroga automática por tiempo igual al de la paralización de la obra.” No obstante, la jurisprudencia del máximo tribunal, como hemos dicho atrás, se orientó en otra dirección rechazando totalmente la posibilidad de que quien hubiera celebrado un contrato administrativo con la Administración pudiese válidamente invocar la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender el cumplimiento de sus obligaciones en caso de incumplimiento de las suyas por parte de la Administración contratante. El Decreto N° 1.417 fue derogado expresamente por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas publicado en la Gaceta Oficial N° 39.181 del 19 de mayo de 2009. En la actualidad, ni la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 ni el precitado Reglamento de la Ley reconocen el derecho del co-contratante de la Administración de suspender la ejecución del contrato, ni siquiera tratándose de un contrato de obra. La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se reconoce expresamente el derecho del contratista de suspender la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento o demora en el pago por parte de la Administración.

²³ Mauricio Subero Mujica, “Sobre la oponibilidad de la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista de la administración en los contratos administrativos,” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 18, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 140.

²⁴ José Antonio Muci Borjas, “La *exceptio inadimpleti contractus* y los contratos de la administración pública. La necesaria clarificación de una vetusta e incomprensible regla del Derecho administrativo venezolano,” en *Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández- Bretón*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, p.1973.

Por otra parte, en atención a la exigencia de la interdependencia de las obligaciones para la admisibilidad de la *exceptio*, se admite que este medio de defensa es procedente en algunas *situaciones extracontractuales*.

Así, la doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* respecto de las obligaciones surgidas de la disolución, anulación o resolución de un contrato bilateral. La *disolución* de un contrato bilateral es también un acto bilateral tendiente a ponerle fin a un contrato por mutuo acuerdo, de modo que, si una de las partes no cumple con sus obligaciones derivadas de la disolución, la otra parte puede negarse a cumplir con sus obligaciones hasta que la primera cumpla con las suyas, salvo que se hayan establecido fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones²⁵.

En los supuestos de *nulidad o resolución de un contrato bilateral* existe una identidad de razón para aplicar analógicamente la *exceptio non adimpleti contractus* y exigir que las obligaciones de restitución surgidas de la nulidad o resolución se cumplan simultáneamente.²⁶ Por lo cual, en el caso de que se declare la nulidad o resolución y las partes queden obligadas mutuamente a devolverse las prestaciones recibidas, si una de ellas se niega a hacerlo la otra podrá alegar la *exceptio*. Como las obligaciones de restitución son el reverso de las obligaciones surgidas del contrato, si una de las partes exige la restitución a la otra sin restituir a su vez, esta última le puede oponer la excepción de incumplimiento, aunque tales obligaciones no emanan de un contrato sino de una sentencia.

Desde luego no cabe alegar la excepción de incumplimiento respecto de las obligaciones de indemnizar surgidas del *hecho ilícito*, ni siquiera cuando dichas obligaciones surjan de un mismo accidente. No obstante provenir de una misma fuente, no existe interdependencia entre las obligaciones impuestas por la ley que no coexisten sino como consecuencia de un hecho accidental²⁷.

Se excluye la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de las *relaciones jurídicas de carácter familiar* como, por ejemplo, el matrimonio. No cabe tampoco invocar la *exceptio* en las relaciones surgidas entre el tutor y el pupilo por cuanto aquí tampoco se da una verdadera reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones a cargo de uno y otro.

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone la coexistencia de *derechos de crédito*; no se aplica en el campo de los *derechos reales*. Por lo cual, la jurisprudencia extranjera ha resuelto que no cabe invocar la *exceptio* cuando las partes han convenido en la constitución de una servidumbre *non aedificandi* a cambio de una remuneración y después el titular del fundo sirviente pretenda suspender, por falta de pago, los deberes que nacen de la servidumbre²⁸.

²⁵ Al respecto, véase: Jacques Ghestin, *ob. cit.*, Tomo III, p. 353; Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 860; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 764-765.

²⁶ Al respecto, véase: Henri De Page, *ob. cit.*, Tome II, p. 781. En la doctrina nacional, véase: Francisco López Herrera, *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*, Empresa El Cojo S.A., Caracas, 1952, p. 205. En el artículo 1.308 del Código Civil español se dice “Mientras que uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba”.

²⁷ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 63.

²⁸ En tal sentido, véase: François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, París, 2005, p. 624, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada.

VI. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

Para la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* se requiere que concurren determinados requisitos o supuestos de procedencia. Estos requisitos son los siguientes: 1) la existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral; 2) el incumplimiento de la parte a quien se opone la excepción; 3) las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo; y 4) la invocación de la excepción no debe ser contraria a la buena fe.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos requisitos.

1. *La existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral*

El artículo 1.168 del Código Civil requiere para la procedencia de la excepción de incumplimiento que se trate de un contrato bilateral, lo que presupone que las partes se hayan obligado recíprocamente en virtud del contrato (Código Civil, artículo 1.134).

Conviene tener en cuenta, sin embargo, que no todas las obligaciones que surgen de un contrato bilateral son recíprocas. La excepción procede únicamente cuando se exige el cumplimiento de una de las obligaciones recíprocas del contrato bilateral, es decir una de las obligaciones a cargo del demandado que tenga por correlativa otra obligación a cargo del demandante. Por consiguiente, no puede oponerse la *exceptio* cuando la prestación cuyo cumplimiento se persigue no es correlativa a la obligación de la otra parte. Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento cuando el arrendatario es demandado por devolución de la cosa por vencimiento del término, no puede éste negarse al cumplimiento de esa obligación alegando que el actor no le conservó la cosa en estado de ser usada o disfrutada, porque esta obligación tiene como correlativa la del pago del canon y aquella la de recibir la cosa²⁹.

Nos toca ahora referirnos a las obligaciones (recíprocas) del *excipiens* y de la parte a quien se opone la *exceptio*.

A. *La obligación del excipiens*

Desde luego, si el *excipiens* no es efectivamente deudor de la obligación que le reclama su co-contratante, no cabe invocar la *exceptio*. Si la obligación cuyo cumplimiento se le exige no existe, por ejemplo, por estar sometida a una condición suspensiva aún no cumplida; o no es exigible por estar sometida a un término inicial que aún no ha llegado; o se extinguió, por pago, novación, compensación o por cualquier medio de extinción de las obligaciones, no hay lugar a la oponibilidad de la *exceptio*.

La obligación del *excipiens* puede tener por objeto una *prestación de dar* como, por ejemplo, la transmisión de la propiedad u otro derecho real sobre un bien mueble o inmueble, o una *prestación de hacer* como, por ejemplo, la realización de un servicio, la entrega de una cosa, el transporte de determinadas mercancías, etc.

Cuando la obligación del *excipiens* tiene por objeto una prestación de no hacer, se admite que solo es posible invocar la *exceptio* para suspender el cumplimiento de dicha obligación, cuando la negativa al cumplimiento no conduzca a un estado irreversible de incumplimiento es cuando debe negarse la oponibilidad de la excepción de incumplimiento³⁰. Así, por ejemplo, si alguien se somete a una prohibición de concurrencia a cambio de una remuneración y esta no se le paga, no tiene porque cumplir su promesa y, por tanto, podrá realizar los actos de competencia prohibidos en el contrato hasta tanto la parte contraria cumpla lo

²⁹ En tal sentido, véase: Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, Traducción al castellano de W. Roces, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 305.

³⁰ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 95; María Cruz Moreno, *ob. cit.*, p. 56.

prometido³¹. Pero si el demandado se ha comprometido, por ejemplo, de una remuneración a no enajenar una cosa a cambio de una remuneración, no podría, si no se le ha pagado esa remuneración, proceder a enajenar la cosa porque, al hacerlo ya habrá incumplido definitivamente su obligación. La naturaleza misma de la obligación de no hacer, se afirma, impide oponer la *exceptio*.

B. *La obligación del demandante*

Respecto a la obligación del demandante, tiene que ser correspectiva a la obligación del *excipiens*.

La obligación del demandante debe existir, ser válida y exigible.

Debe *existir* en el momento en que se opone la *exceptio* y no haberse extinguido por el pago o de otro modo.

Debe ser *válida* lo que excluye a las obligaciones nulas y anulables.

La doctrina ha discutido la posibilidad de que la obligación del demandante cuya inexecución alega el demandado como fundamento de la *exceptio* sea una *obligación natural*. Como es bien sabido, las obligaciones naturales se caracterizan porque una vez pagadas espontáneamente no dan lugar a la repetición de lo pagado (*solutio retentio*) (Código Civil, artículo 1.178), pero sin que pueda ejercerse coacción para su cumplimiento. Por lo cual, debe excluirse la posibilidad de alegar la *exceptio* cuando la obligación del demandante sea una obligación natural; en caso contrario, la *exceptio* se convertiría en un modo coercitivo para constreñir al obligado naturalmente a cumplir la prestación, puesto que sólo así podrá obtener lo que se le debe. Se trata pues de un modo coercitivo incompatible con el pago espontáneo que supone la obligación natural³².

La obligación del demandante debe ser *exigible* en el sentido de que debe haber sido contraída en forma pura y simple y no estar sometida a un término inicial aún no vencido o a una condición suspensiva aún no cumplida, porque de estar sometida a tales modalidades, el cumplimiento no podría exigirse todavía al deudor, lo que excluye la posibilidad de oponer la *exceptio*.

En cambio, no se requiere que la obligación del demandante sea cierta ni que sea líquida. Así, se admite que el demandado pueda oponer la *exceptio* por el crédito que tenga por concepto de *indemnización de daños y perjuicios* derivados del incumplimiento de la obligación por parte del demandante, aunque ese crédito no sea ni cierto ni líquido.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia italianas admiten que la obligación del demandante que legitime la oposición de la *exceptio* puede estar claramente expresada en el contrato o resultar de las exigencias de la buena fe que preside la ejecución de los contratos *ex* artículo 1.160 del Código Civil³³.

³¹ René Cassin, *ob. cit.*, p. 485; Gioachino Scaduto, "L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano," en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Vol. VIII, Palermo, 1921, pp. 128-129.

³² Al respecto, véase: Giovanni Persico, *ob. cit.*, pp. 71-72; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, p. 767.

³³ Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. II, Tomo I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 1990, p. 572, especialmente, la nota 21 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

Por último, el contenido de la obligación del demandante (al igual que el de la del *excipiens*) puede consistir en una *prestación de dar, de hacer o de no hacer*; no se requiere que sea de la misma clase que la prestación debida por el *excipiens*. Desde luego, si ambas prestaciones tienen por objeto una suma de dinero o cantidades determinadas de cosas de la misma especie, se producirán los efectos de la compensación si concurren los demás requisitos para la procedencia de este medio de extinción de las obligaciones.

2. *El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción*

En los contratos bilaterales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1168 del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato bilateral exige la ejecución de su crédito sin cumplir su propia deuda, la otra parte puede rehusarse a cumplir oponiendo la *exceptio*. Por consiguiente, el incumplimiento de la parte demandante es el requisito básico para poder alegar con éxito la excepción.

Respecto del incumplimiento, conviene hacer algunas precisiones para evitar ulteriores confusiones.

A. *Incumplimiento total o parcial. Cumplimiento defectuoso*

El incumplimiento, como sabemos, puede ser *total*, cuando el deudor nada ha satisfecho al acreedor, es decir, no ha cumplido en absoluto la obligación que el contrato le imponía; o *parcial*, cuando el deudor ejecuta en parte la obligación, es decir, realiza actos de ejecución de la prestación, pero sin que ésta se haya cumplido en su totalidad.

El caso más claro de incumplimiento es el total. Cuando la obligación principal a cargo del demandante ha sido totalmente inejecutada, la cuestión no presenta ninguna dificultad y es aplicable a esta situación todo lo dicho hasta aquí. Cuando el deudor no ha cumplido en forma alguna, el acreedor puede oponerle la excepción cualquiera que sea la magnitud del incumplimiento de la otra parte, revista o no carácter resolutorio. Por ejemplo, si el vendedor no entrega la mercancía el día uno, pero reclama el precio el día dos, el comprador, suponiendo que no exista acuerdo en cuanto a la fecha de cumplimiento, puede negarse a pagar conforme al artículo 1.168 del Código Civil, aunque de hecho no pudiera resolver la compraventa por el retraso de un día. Esto por cuanto la *exceptio non adimpleti contractus* no presupone que el accionante esté incurso en un incumplimiento que revista carácter resolutorio, bastando para que prospere la *exceptio* que a la fecha de su reclamación el actor no haya cumplido la obligación a su cargo.

Pero también cabe alegar la *exceptio* en caso de incumplimiento parcial. La inejecución parcial del contrato o su cumplimiento defectuoso permite al demandado oponer la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*. Esto es un corolario del fundamento mismo de la *exceptio*, puesto que cada parte lo que quiere es obtener las prestaciones de la otra íntegramente y sería desconocer su voluntad obligarle a cumplir su obligación cuando solamente recibe una parte de lo que se le prometió³⁴.

Ahora bien, en caso de incumplimiento parcial o de cumplimiento defectuoso, en algunos casos podría ser contrario al equilibrio del contrato durante la fase de su ejecución que el demandado se niegue a ejecutar la totalidad de su prestación ante cualquier incumplimiento parcial o defecto de cumplimiento por parte del actor, por pequeño que este sea.

³⁴ Henri Capitant, *De la Causa de las Obligaciones*, Traducción al castellano de Eugenio Torragato y Contreras, Ediciones Góngora, Madrid, pp. 280-281; Diego Espín Cánovas, "La excepción de incumplimiento contractual," en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII, Fascículo III, Madrid, 1964, p. 568.

De ahí que, en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso, el juez tendrá que examinar cuidadosamente la situación para evitar que la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* sea contraria a las exigencias de la buena fe.

B. *Carácter culposo del incumplimiento*

Como la *exceptio non adimpleti contractus* se basa en la equidad, se requiere para su procedencia que el incumplimiento del actor sea imputable. Por tanto, no cabe su invocación cuando la otra parte rehúsa cumplir por una causa que no le sea imputable³⁵. Este es el criterio seguido por la jurisprudencia de nuestros tribunales³⁶.

Por lo cual, en caso de que el incumplimiento se deba a una causa extraña no imputable, se aplican las soluciones que aporta *la teoría de los riesgos*: la parte a quien su contraparte no le pueda cumplir su obligación debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, puede pedir ser liberada de la suya.

C. *El incumplimiento debe haberse consumado*

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone que el incumplimiento alegado por el *excipiens* se haya producido para el momento de la oposición de la *exceptio*. Ello excluye aquellas situaciones en las cuales el incumplimiento todavía no se ha producido, sino que sólo existe la posibilidad de que pueda ocurrir. El simple hecho de que exista la perspectiva de que uno de los contratantes en el futuro va a incumplir sus obligaciones no justifica la oposición de la *exceptio*. No puede pues el demandado utilizar este remedio defensivo para precaverse de una inexecución eventual o simplemente temida. Nuestro Código Civil no consagra como principio de carácter general la noción de *anticipatory breach of contract* del *common law*. Por ejemplo, el asegurado no podría negarse a pagar la prima ante el temor de que la empresa aseguradora no pague la indemnización debida en caso de producirse un eventual siniestro.

El artículo 1.493 (segunda parte) del Código Civil según el cual “el vendedor no está obligado a hacer la entrega aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra, de suerte que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio, a menos que se dé caución de pagar en el plazo convenido” no constituye una derogación a esta regla ya que la insolvencia y la quiebra producen la caducidad del término conforme a lo dispuesto en los artículos 1.215 del Código Civil y 943 del Código de Comercio. Por lo cual, en estos casos el pago del precio se hace inmediatamente exigible.

En cambio, el artículo 1.530 del Código Civil sí constituye una excepción a esta regla toda vez que le permite al comprador suspender el pago del precio cuando “tuviere justo temor” de ser “perturbado por una acción, sea hipotecaria, sea reivindicatoria” hasta que el vendedor haya hecho cesar el peligro, salvo que se otorgue caución suficiente.

³⁵ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 83; Mario Zana, “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento,” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile diretta da Tito Carnacini* (1972), Giuffrè, Milán, 1972, p. 1380.

³⁶ Así, la Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 26-02-02 declaró que “la procedencia de la excepción *non adimpleti contractus* requiere de condiciones especialísimas para que pueda prosperar, tales como las siguientes: ... v. que se trate de un incumplimiento culposo, esto es, que la conducta ilícita de la demandante sea la causa y justificación para que la demandada no cumpla o se niegue a cumplir con las obligaciones a su cargo.” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26-02-02, *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cría*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>).

D. *No es necesario que el incumplimiento tenga carácter resolutorio*

Para la procedencia de la excepción de incumplimiento no es necesario que el incumplimiento sea de tal gravedad que justifique la resolución del contrato. No sólo el incumplimiento que revista carácter resolutorio autoriza a oponer la *exceptio*. Esto por una razón fundamental: la resolución y la *exceptio* son institutos que cumplen diferente función y producen efectos distintos. Por consiguiente, no es correcto exigir para la excepción por incumplimiento los mismos requisitos que para la resolución.

La resolución produce la terminación del contrato y, por tanto, requiere como supuesto de procedencia que el incumplimiento sea de particular gravedad. La resolución es una medida grave que pone fin a la relación contractual. Por lo cual, también debe ser particularmente grave la inexecución requerida para producir la resolución. Tiene que existir una correlación entre la entidad del incumplimiento de una de las partes y el grave efecto de la resolución. De ahí que un incumplimiento leve o la inexecución de una obligación meramente accesoria no debe justificar un efecto tan grave como la resolución³⁷.

En cambio, la *exceptio* sólo suspende la ejecución del contrato. Con su oposición lo que se busca es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. Como el *excipiens* continúa obligado al cumplimiento, lo que hay que ponderar es la proporción entre la inexecución del demandante y la negativa del *excipiens* de ejecutar *ahora* su obligación. De ahí que sea posible alegar la *exceptio* y permitir al demandado suspender su prestación, aunque la misma sea objetivamente superior a la inexecutada por el demandante³⁸.

No se requiere, por tanto, que el incumplimiento de una de las partes tenga carácter esencial para que la otra tenga derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación. En determinados casos puede pues ser legítima la oposición de la excepción, no obstante, no revestir el incumplimiento del demandante la gravedad requerida para la resolución, tomando en consideración todas las circunstancias que rodeen el caso concreto³⁹.

3. *Las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo*

En los contratos bilaterales, dice el artículo 1.168, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, *a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones*. Para la procedencia de la excepción de incumplimiento se requiere, por tanto, que el *excipiens* no esté obligado a pagar primero, es decir, antes que el excepcionado.

³⁷ Respecto de la gravedad del incumplimiento requerida para la resolución de los contratos en nuestro ordenamiento, véase: José Mélich-Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 59, Caracas, 2003, pp. 197-203.

³⁸ Una cuestión diferente es si la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* debe considerarse, en el caso concreto, abusiva y contraria a las exigencias de la buena fe, sobre todo cuando el demandado ya recibió la mayor parte de la prestación y pretende suspender totalmente el cumplimiento de su obligación.

³⁹ Siguiendo esta orientación, la Casación italiana ha sostenido que no incurre en contradicción alguna el juez de mérito que aprecia un incumplimiento como contrario a la buena fe a los fines de justificar la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* y que luego lo considere de escasa importancia a los fines de la proponibilidad de una acción de resolución de contrato por incumplimiento (Sentencia de la Casación italiana del 26-01-2006 reseñada por Francesco Caringella y Giuseppe De Marzo, *Manuale di Diritto Civile*, Vol. III (*Il Contratto*), Giuffrè, Milán, 2008, p. 956, especialmente, la nota 82). En el mismo sentido expuesto en el texto, véase: Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 280-282.

La *exceptio* presupone que las dos prestaciones recíprocas deben cumplirse coetáneamente; que la obligación del demandante no esté sujeta a plazo. Si, en efecto, el demandante gozara en el momento de trabarse la litis de un plazo no vencido para cumplir sus obligaciones no habría incumplimiento de su parte y, por tanto, la *exceptio* sería improcedente. El *excipiens* no debe estar obligado pues a pagar primero. La excepción de incumplimiento supone que quien la invoca todavía no haya ejecutado su obligación y que no deba ejecutarla antes que el otro contratante ejecute la suya⁴⁰.

Desde luego, en estos casos de cumplimiento previo para una de las partes se excluye la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* sólo para la parte obligada a cumplir primero. Pero quien está obligado a pagar sólo después que lo haya hecho su co-contratante, puede invocar la *exceptio* si éste le exige el cumplimiento sin haber cumplido previamente su propia obligación⁴¹.

4. La oposición de la *exceptio* debe ajustarse al principio de la buena fe

A. El principio general y sus consecuencias

En los distintos sistemas jurídicos que reconocen la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* se admite que su alegación no puede ser contraria a las exigencias de la buena fe.

En algunos ordenamientos como el italiano y el alemán, cuando se regula el instituto objeto de nuestro estudio, se establece expresamente que la *exceptio* debe ser opuesta de buena fe⁴². En nuestro Derecho este principio se fundamenta en el artículo 1.160 del Código Civil según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, la *exceptio non adimpleti contractus* no debe ser opuesta en condiciones contrarias a la buena fe⁴³.

La doctrina italiana se ha encargado de señalar que la buena fe que limita la alegación de la *exceptio* a que alude el artículo 1.460 del *Codice* no es la buena fe subjetiva consistente en la ignorancia o creencia equivocada que tiene un sujeto de obrar bien o conforme a derecho, sino la *buena fe objetiva* que consiste en el comportamiento leal y honesto (*correttezza*) en la ejecución de las obligaciones, lo que se aprecia teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes⁴⁴.

En la doctrina francesa y belga se deducen las siguientes consecuencias de este principio que limita el campo de aplicación de la *exceptio*: 1) La excepción sólo puede ser invocada en caso de falta grave a las obligaciones principales del contrato; pero no en caso de inejecución de obligaciones secundarias; 2) La excepción no puede ser alegada cuando el que la alega ha motivado el incumplimiento de la otra parte o ha faltado él mismo a sus

⁴⁰ Arturo Dalmartello, “Voz ‘Eccezione di inadempimento,’” en *Novissimo Digesto Italiano* dirigida por Antonio Azara e Ernesto Eula, Vol. VI, Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turín, 1960, p. 358.

⁴¹ *Idem*.

⁴² El Código Civil italiano de 1.942 después de consagrar la posibilidad de invocar la *exceptio*, en el artículo 1.460 (segunda parte) agrega “sin embargo no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias la negativa es contraria a la buena fe”. También el Código Civil alemán en el párrafo 320 recoge el principio de la buena fe como límite a la válida alegación de la excepción, pero con especial referencia al caso de su alegación frente al incumplimiento parcial, es decir, como límite a la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

⁴³ Sentencia del 16-01-79 en *Ramírez & Garay*, Tomo LXIV, pp. 28-29.

⁴⁴ Al respecto, véase: Mario Zana, *ob. cit.*, pp. 1381 y ss.

obligaciones; y 3) En general, debe rechazarse también la excepción, cuando el contratante a quien se le opone, puede invocar una causa legítima para no cumplir⁴⁵.

En la doctrina italiana, Galgano cita sentencias recientes de la Casación italiana que establecen lineamientos generales respecto a que la oposición de la *exceptio* tiene que ser conforme a la buena fe, tales como aquel según el cual “la parte que opone la excepción puede considerarse de buena fe sólo si la negativa a la ejecución del contrato se traduce en un comportamiento que resulte objetivamente razonable y lógico, en el sentido que encuentre concreta justificación en la relación entre las prestaciones inejecutadas y prestaciones denegadas, en relación a los cánones legales de reciprocidad y contemporaneidad de las mismas”, agregando que la Casación italiana en sus decisiones se ha atenido a los siguientes criterios: a) la excepción es contraria a la buena fe cuando no existe proporcionalidad entre la prestación inejecutada y la prestación denegada; b) la excepción es contraria a la buena fe cuando la falta de ejecución de la prestación es debida a razones excusables; y c) la excepción es contraria a la buena fe cuando se ha consentido en el incumplimiento de la contraparte⁴⁶.

Con base en lo antes expuesto, no hay buena fe cuando el excepcionante fue el primero en incumplir provocando con su actuación el incumplimiento del demandante, o cuando fue el propio excepcionante con su conducta el que impidió el cumplimiento del demandante⁴⁷. Por ejemplo, cuando el arrendatario pretende suspender el pago del canon de arrendamiento, no obstante haber causado él mismo el incendio del inmueble.

Tampoco hay buena fe si el *excipiens* se ha colocado él mismo en la imposibilidad de cumplir, como ocurre cuando el vendedor de un inmueble que luego lo ha enajenado a un tercero pretende hacer valer la *exceptio* contra el primer adquirente. Por otra parte, no hay tampoco buena fe cuando el incumplimiento que motiva la alegación de la *exceptio* está causado por error u omisión involuntaria o cuando el demandante justifica el retardo con motivos objetivos y proporciona convincentes seguridades de cumplir oportunamente⁴⁸.

B. *La gravedad de la inejecución y el poder de apreciación del juez*

Para valorar si la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* es conforme a la buena fe, los jueces deben apreciar fundamentalmente la *gravedad de la inejecución*⁴⁹. Cuando el demandante ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, la oposición de

⁴⁵ Jacques Ghestin, *ob. cit.*, Tomo III, pp. 362-364; Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, p. 782.

⁴⁶ Francesco Galgano, *ob. cit.*, Vol. II, Tomo I, p.p. 573-575, especialmente las notas 26-31 y las decisiones de la Casación italiana allí citadas.

⁴⁷ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 82, especialmente, la nota 80.

⁴⁸ Al respecto, véase, Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena Fe en la Ejecución de los Contratos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editoriales Temis, Ubijus, Zavalia y Reus, Madrid, 2011, p.p. 153-154. La doctrina italiana moderna se ha encargado de señalar que, como principio de carácter general, la regla de la buena fe no entra en juego como una norma que prescribe un comportamiento determinado apriorísticamente, sino más bien como un límite a la actuación de un sujeto, concretamente determinable sólo en función de una valoración *a posteriori* tomando en cuenta todas las circunstancias que rodean al caso concreto sometido a la consideración del juzgador (Mario Zana, *ob. cit.*, p. 1382, especialmente, la nota 24). En el mismo sentido, en la doctrina francesa moderna Malecki afirma que sólo *a posteriori* podrá el juez decidir si la *exceptio non adimpleti contractus* se hizo valer fuera de los límites de la buena fe. Quien opone la excepción es consciente de correr este riesgo (Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 288-301).

⁴⁹ En cualquier caso, no basta un incumplimiento insignificante o anodino para oponer la excepción. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto, véase: Sentencia del 30-06-69 en *Ramírez & Garay*, Tomo XXI, pp. 217-218.

la *exceptio* puede resultar contraria al principio de la buena fe en la contratación consagrado en el artículo 1.160 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, sobre todo cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad respecto a lo demás bien ejecutado.

El incumplimiento es grave, se afirma, cuando le causa un perjuicio considerable al *excipiens*; y no lo es, en caso contrario. Incluso cabe oponer la excepción por el incumplimiento de una obligación accesoria o cuando la inexecución sea de escasa gravedad, puesto que lo relevante es que la prestación cuyo cumplimiento suspenda el *excipiens* sea proporcional al incumplimiento de la otra parte⁵⁰. El fundamento de la excepción debe apreciarse según un criterio de equivalencia y proporcionalidad entre la prestación denegada por el *excipiens* y el incumplimiento de su contraparte contractual⁵¹.

De ahí que si bien el *excipiens* tiene normalmente el derecho de negarse a ejecutar la totalidad de la prestación a su cargo, cualquiera que ésta sea, aun cuando su contraparte contractual haya cumplido parcial o defectuosamente su propia prestación, en algunas ocasiones en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso, cuando el demandado opone la *exceptio non rite adimpleti contractus*, no se justifica la denegación total del cumplimiento de su prestación, sino que convendrá, según las circunstancias, ajustarla a la entidad del incumplimiento del actor, para evitar situaciones abusivas y satisfacer las exigencias de la buena fe. Por ejemplo, si la perturbación del goce del inmueble por hecho del arrendador no afecta más que una parte del inmueble arrendado, se considera que lo procedente es la reducción parcial del canon de arrendamiento⁵². La proporcionalidad entre la parte que falta por cumplir y la denegación parcial de la propia prestación en virtud de la excepción alegada, se afirma, representa la más exacta justificación de la *exceptio* en los casos de incumplimiento sólo parcial⁵³.

⁵⁰ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, pp. 87-88; Francesco Realmondo, “Importanza dell’inadempimento e *exceptio non adimpleti contractus*” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* dirigida por Tito Carnacini, Giuffrè, Milán, 1963, p. 321. En relación con la gravedad del incumplimiento, la doctrina italiana ha procurado establecer algunos criterios orientadores. Así, Roppo afirma que para determinar si un incumplimiento es grave el caso concreto debe ser examinado a la luz de dos criterios de aplicación conjunta: En primer lugar, un criterio objetivo, el cual no se refiere a calificaciones abstractas (prestación principal o accesoria), sino a la función y al peso que la obligación incumplida tiene dentro del conjunto de obligaciones del contrato, evaluada en concreto. En segundo lugar, se debe atender al criterio subjetivo, fundado sobre la base de los intereses de la parte que soporta el incumplimiento, es decir, sobre el específico interés que ésta le daba a la obligación incumplida y en el modo en que tal interés resulta afectado por el incumplimiento. (Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 961-962). En la misma dirección parece orientarse la jurisprudencia italiana. Al respecto, véase: Mario Zana, *ob. cit.*, p. 1.386, especialmente, la nota 38 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

⁵¹ En este sentido, véase, Francesco Caringella y Giuseppe De Marzo, *ob. cit.*, Vol. III, p. 956. En la doctrina francesa, Malecki rechaza este criterio y considera que no siempre puede graduarse la excepción en proporción a la gravedad del incumplimiento del actor y que “su eficacia como medio coercitivo de presión exige frecuentemente traspasar los límites de la proporcionalidad” (Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 300-301).

⁵² Al respecto, véase: Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Primer Volumen (*Obligations. Théorie Générale*), Montchrestien, París, 1998, p. 1171, especialmente, la nota 2 y las sentencias de los tribunales franceses allí citadas.

⁵³ Cabe hacer notar, sin embargo, que la cuestión no está exenta de discusiones y ha sido objeto de opiniones contrapuestas en la doctrina italiana. Por un lado, Persico afirma que, en caso de cumplimiento defectuoso, la parte que voluntariamente recibe la prestación puede retener la contraprestación a su cargo sólo dentro del límite del daño experimentado. Así, en la hipótesis de que se trate de un cumplimiento parcial o inexacto, la parte que advierte el cumplimiento cuantitativa o cualitativamente defectuoso y no obstante retiene la prestación, demuestra con su actuación tener

Corresponde al poder soberano de apreciación de los jueces de instancia valorar, si en el caso concreto sometido a su consideración y decisión, frente al cumplimiento parcial o defectuoso del demandante, la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* es abusiva, en cuyo caso la autoridad judicial podrá, en atención a las circunstancias, limitar los alcances de la excepción y acordar sólo la denegación parcial de la prestación a cargo del demandado, tomando en cuenta para ello la medida de lo que aún le adeude el demandante o el defecto de la contraprestación.

Desde luego, si la ejecución total de la contraprestación fue determinante del consentimiento de la otra parte, esta podrá siempre oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus* para suspender la totalidad de la prestación a su cargo. Por ejemplo, supongamos que X celebre un contrato de compra-venta con Y para adquirir el 51% de las acciones representativas del capital social de una compañía anónima para así tomar el control de dicha compañía. Si Y sólo le transfiere el 49% de las acciones, es evidente que 'X' podrá suspender el pago total del precio hasta que 'Y' cumpla con la totalidad de la contraprestación a su cargo, ya que la razón determinante que llevó a 'X' a celebrar el contrato fue la adquisición del 51% de las acciones de la sociedad.

En fin, la apreciación de la magnitud y gravedad del incumplimiento es, en definitiva, una cuestión que queda sujeta al poder de apreciación de los jueces de instancia, quienes en su determinación deberán tener en cuenta los criterios que impone la buena fe en la ejecución del contrato y la prohibición de un ejercicio abusivo del derecho a hacer valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

Las condiciones antes indicadas son las únicas que se requieren para la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*. Es suficiente pues con que se trate de un contrato bilateral, que una de las partes exija el cumplimiento sin haber cumplido a su vez con su propia obligación, que las obligaciones sean de cumplimiento simultáneo y que la invocación de la excepción se ajuste a las exigencias de la buena fe conforme a lo antes expuesto. La oposición de la *exceptio* no exige la concurrencia de ningún otro requisito. Así, no se requiere que el oponente haya constituido en mora a su contraparte contractual puesto que aquí no se trata

algún interés, siquiera limitado a obtener la prestación defectuosa. Por consiguiente, afirma Persico, se compadece con las exigencias de la buena fe que la otra parte, dentro de los límites marcados por ese interés, sea compensada con una cuota de contraprestación (Giovanni Persico, *ob. cit.*, p. 146). Pero no faltan voces autorizadas que no comparten esta posición. Así, Roppo afirma que "el incumplimiento de uno de los contratantes puede justificar el incumplimiento (provisorio no definitivo), pero no el cumplimiento cuantitativa o cualitativamente inexacto por parte del *excipiens*". Por lo cual, para evitar situaciones abusivas que podrían fácilmente presentarse, este autor concluye que la *exceptio* sólo puede ser opuesta en caso de inexecución total de la prestación por parte del demandante, pero no en caso de cumplimiento parcial o defectuoso (Vincenzo Roppo, *ob. cit.*, p. 989).

Nuestros tribunales han admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso. En una sentencia del 26 de enero de 1956 el Juzgado Superior Segundo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial consideró que, ante el incumplimiento parcial, el demandado puede oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus* para denegar parcialmente el cumplimiento de la obligación a su cargo por cuanto "es de libre apreciación del Tribunal aquilatar si el incumplimiento de una parte compensa el incumplimiento de la otra". En el caso concreto la demandada se había negado a pagar el saldo del precio de la obra porque el contratista no le había colocado los acabados convenidos. El tribunal consideró que el incumplimiento parcial de la demandada estaba "compensado" por el incumplimiento del actor para concluir que "estaba probado en el presente caso a favor de la demandada, la excepción prevista en el citado artículo 1.168 del Código Civil" (Sentencia del 26-01-56 en *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, Vol. V, pp. 225-226).

de exigir el cumplimiento, sino de paralizar la acción del demandante⁵⁴. Tampoco es necesaria la intervención judicial. El deudor puede oponer la *exceptio* extrajudicialmente y al ser demandado por cumplimiento le corresponderá a la autoridad judicial determinar si se han cumplido o no los requisitos de procedencia antes examinados⁵⁵.

VII. EFECTOS

1. *Efecto suspensivo de la excepción*

El efecto principal que produce la excepción de incumplimiento contractual es suspender provisionalmente el cumplimiento de la obligación por parte del *excipiens* hasta que el reclamante cumpla con su propia obligación. El contratante demandado se ve pues relevado del cumplimiento, pero sólo mientras su contraparte no cumpla con la obligación a su cargo. La *exceptio* neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero sin extinguirlo. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales⁵⁶.

La procedencia de la excepción de incumplimiento conduce necesariamente a la desestimación de la demanda, pero el actor podrá intentar un nuevo juicio luego de cumplir con la prestación a su cargo, porque la sentencia no declara que el actor carece del derecho reclamado, sólo que lo ha hecho valer extemporáneamente sin cumplir requisitos previos, los cuales una vez cumplidos le permiten nuevamente intentar su acción⁵⁷. Acogida la *exceptio* (defensa de fondo), no cabe otro pronunciamiento que el rechazo de la demanda sin que pueda el juez condenar al demandado a cumplir con su obligación, pero supeditando dicho cumplimiento a la simultánea ejecución de la prestación debida por el actor, porque ello implicaría el pronunciamiento de una sentencia condicional prohibida por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil. Además, tampoco puede la autoridad judicial ordenar el cumplimiento recíproco si ninguna de las partes lo ha pedido y, de hecho, no basta que ello sea pedido por el demandante, sino por el propio demandado, cosa que no hace cuando se limita a oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Desde luego, si el demandado reconviene al actor para que cumpla con su propia obligación, al dictar sentencia el juez podrá admitir ambas pretensiones en cuyo caso condenará a las dos partes a cumplir con sus respectivas prestaciones.

2. *Efectos derivados de la suspensión del deber de cumplimiento*

Son fundamentalmente los siguientes:

A. *En principio, la excepción suspende totalmente la ejecución de la prestación*

El *excipiens* puede, en principio, denegar el cumplimiento de la totalidad de la prestación, aunque su co-contratante haya ejecutado una parte de la contraprestación a su cargo y, *a fortiori*, puede negarse a la ejecución parcial que falte para completar su prestación, mientras no reciba íntegramente la contraprestación, salvo el poder del juez de limitar el alcance de la excepción a sólo una parte de la prestación debida por el deudor cuando, en atención a las circunstancias, su actuación sea contraria a las exigencias de la buena fe.

⁵⁴ Al respecto, véase, Catherine Malecki, *ob. cit.*, p. 263;

⁵⁵ Pierre Van Ommeslaghe, Tomo I. p. 871; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 971.

⁵⁶ Sentencia del 23-11-88 en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia*, N° 11, noviembre 1988, pp. 350-351.

⁵⁷ Al respecto, véase, Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *ob.cit.*, pp. 971 y 973; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 775-776 y 782-783.

De ahí que el vendedor a quien no se le pague el precio, pueda negarse no sólo a la entrega de la cosa sino también a la de sus frutos, aunque no se haga propietario de los mismos porque, de acuerdo con la ley, dichos frutos le pertenecen al comprador desde el día de la venta (Código Civil, artículo 1.494, segunda parte)

B. *Impide toda ejecución forzosa de la obligación*

La alegación exitosa de la *exceptio* impide toda ejecución forzosa en especie o por equivalente, de la obligación cuyo cumplimiento se reclama. Las medidas cautelares que se hubieren dictado para asegurar las resultas del juicio de conformidad con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil deben levantarse, como consecuencia del impedimento del ejercicio actual del derecho⁵⁸.

C. *No coloca al excepcionante en mora solvendi ni al excepcionado en mora credendi*

El que opone la excepción no incurre en mora ya que mientras el actor no cumpla con su obligación, el retardo en el cumplimiento por parte del deudor se encuentra justificado⁵⁹.

De ahí que, durante el tiempo de la suspensión del cumplimiento que produce la *exceptio*, el *excipiens* no ve agravada su responsabilidad. Por lo cual, no asume riesgos nuevos sino que continuará soportando los que ya estaban a su cargo en virtud del contrato. Tampoco debe intereses moratorios por el retardo, porque éste se encuentra justificado⁶⁰.

Ahora bien, tampoco el demandante excepcionado por el hecho de la oposición de la *exceptio* se encuentra en una situación de *mora credendi*. De ahí que *tampoco ve el deudor excepcionante disminuida su responsabilidad* durante el tiempo en que subsisten los efectos de la *exceptio*.

Durante el tiempo que media entre la fecha de la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que no es calificable de mora de ninguna de las partes, se mantiene, por tanto, el *statu quo ante*, prolongándose la condición de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles que corresponde a los contratantes.

D. *El excipiens no debe hacer imposible la reanudación del contrato*

Durante el período de espera, por supuesto, el *excipiens* debe abstenerse de realizar actos que lo coloquen en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones una vez que su contraparte cumpla con las suyas.

⁵⁸ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 95, Héctor Masnatta, *Excepción de Incumplimiento Contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 89.

⁵⁹ Se ha sostenido que en un contrato bilateral, la parte constituida en mora no puede invocar la *exceptio*, porque su morosidad previa le impediría alegar la mora del co-contratante. Por nuestra parte, pensamos que nadie puede ser constituido en mora cuando la contraparte, en los contratos bilaterales, no cumple sus obligaciones correspectivas. La mora no opera cuando aparece un factor impeditivo como el incumplimiento por parte del acreedor de sus propias obligaciones correlativas. En consecuencia, el demandado requerido para que ejecute la prestación a su cargo no queda constituido en mora por este solo requerimiento, pues será necesario para ello que el demandante ya haya satisfecho la contraprestación que le corresponda, tal y como se indica en el texto.

⁶⁰ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *ob. cit.*, Tomo VI, p. 633; Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Traducción al castellano de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Ejea, Buenos Aires, 1952; Gioachino Scaduto, *ob. cit.*, p. 204.

De ahí que el vendedor a quien el comprador no le hubiere pagado el precio no podría, salvo en circunstancias excepcionales, liquidar los inventarios que mantenga para la ejecución del contrato. Tampoco podría el dueño de la obra durante el período de suspensión del contrato de obras sustituir al contratista.

Como principio de carácter general, las exigencias de la buena fe le imponen al *excipiens* el deber de no agravar la situación durante el período de espera y evitar que con su conducta se torne imposible la reanudación de la relación contractual.

E. *No interrompe ni suspende la prescripción*

La *exceptio* planteada como simple medio de defensa no interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens*, puesto que su alegación no constituye un acto de ejercicio de su derecho ni entraña reclamación alguna tendiente a exigir el cumplimiento de su crédito por parte del actor. Por consiguiente, sólo se interrumpe el lapso de prescripción de la acción de cumplimiento del *excipiens* cuando éste haya reconvenido al actor por el pago de su crédito. Por otra parte, la alegación exitosa de la *exceptio* tampoco suspende o impide que se produzca la prescripción del crédito del demandante respecto del cual se hace valer dicha excepción, puesto que el ejercicio del derecho por parte del actor sigue siendo posible no obstante ser declarada procedente la *exceptio*, a cuyo efecto le bastará al actor con cumplir su propia prestación.

VIII. RENUNCIA

La *exceptio* es un elemento natural de los contratos bilaterales y, por tanto, puede ser excluida por la voluntad del contratante. No es un derecho que concierne al orden público⁶¹ por lo cual, su titular puede perfectamente renunciar a ejercerlo.

La *exceptio non adimpleti contractus* puede renunciarse expresa o tácitamente.

La renuncia expresa puede hacerse en el momento de celebrarse el contrato o con posterioridad. Su alcance puede ser general, cuando se refiere a todas las obligaciones de la contraparte y a cualquier clase de inejecución de las mismas; o particular, cuando abarca solamente una o varias obligaciones de la otra parte, pero no todas, o cuando sólo comprende algunos supuestos de inejecución.

La renuncia tácita de la *exceptio non adimpleti contractus* ocurre cuando no se la opone oportunamente al contestar la demanda o la reconvencción. El silencio del demandado implica excluir el funcionamiento del artículo 1.168 que no puede ser aplicado de oficio por la autoridad judicial.

IX. EXTINCIÓN

Además de las causas generales de extinción como la renuncia del excepcionante, el cumplimiento, o en su caso, la transacción, la extinción de los efectos de la excepción de incumplimiento contractual puede producirse por la cesación del propio fundamento de la *exceptio*, sea porque cese la relación de reciprocidad entre las obligaciones surgidas del contrato bilateral o por faltar la simultaneidad en el cumplimiento de las mismas⁶².

La relación de reciprocidad entre las obligaciones del contrato bilateral puede cesar cuando se extinga la obligación de una de las partes, subsistiendo la obligación de la otra.

⁶¹ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 68.

⁶² Diego Espín Cánovas, *ob. cit.*, pp. 577-578; Héctor Masnatta, *ob. cit.*, pp. 97-98.

Desde luego, si se extingue la obligación del *excipiens* éste no tendrá necesidad de oponer la excepción de incumplimiento, le bastará alegar que no debe lo que se le reclama pudiendo, además, exigirle a su co-contratante el cumplimiento de su propia obligación.

Por otra parte, por fundamentarse la *exceptio* en la falta de cumplimiento de la obligación del demandante, no podrá utilizarse este remedio cuando dicha obligación haya sido cumplida o se haya extinguido de cualquier otro modo.

Pero adicionalmente la extinción de los efectos de la *exceptio* puede producirse al desaparecer la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral. La relación de simultaneidad puede cesar porque las partes convengan en alterar el orden cronológico de ejecución de las prestaciones que habían fijado, por ejemplo, postergando el cumplimiento de uno de los créditos, con relación al contracrédito. Al no regir ya el principio del cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas, el contratante obligado a pagar primero no podrá oponerle a su contraparte la excepción de incumplimiento. La *exceptio* deviene así infundada y el contratante obligado a cumplir en primer lugar tendrá que cumplir so pena de soportar las consecuencias de la *mora debitoris*.

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos en Venezuela luego de 2013

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela
Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra,
Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School*

Resumen: *La situación jurídica de Venezuela ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es confusa. En 2012, Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del 10 de septiembre de 2013. En 2018, Venezuela también denunció la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Sin embargo, antes de que este retiro entrara en vigor en 2019, el Consejo Permanente y la Asamblea General reconocieron, como representante de Venezuela, al designado bajo la autoridad de la Asamblea Nacional de 2015. Asimismo, el presidente de la Asamblea Nacional, en calidad de presidente encargado, ratificó -retroactivamente- la Convención Americana y revocó la denuncia de la Carta. Ambas decisiones fueron registradas por el Secretario General en calidad de depositario de estos tratados. Considerando los depósitos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Venezuela es un Estado miembro de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha decidido que Venezuela es -nuevamente- un Estado miembro y que, en consecuencia, la Corte tenga competencia sobre violaciones cometidas después del 10 de septiembre de 2013.*

Palabras Clave: *Sistema Interamericanos de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos, denuncia de tratados, depositario de tratados, Venezuela.*

Abstract: *The legal situation of Venezuela before the Inter-American Human Rights System is unclear. In 2012, Venezuela withdrew the American Convention on Human Rights effective September 10, 2013. In 2018, Venezuela also withdrew the Organization of American State Charter. However, before this withdrawal entered into force in 2019, the Permanent Council and the General Assembly recognized, as the representative of Venezuela, the one appointed under the authority of the 2015 National Assembly. Also, the speaker of the National Assembly, acting as Interim President, ratified -retroactively- the American Convention and revoked the withdrawal of the Charter. Both decisions were registered by the Secretary General acting as depositary of treaties. Considering the deposits, the Inter-American Human Rights Commission concluded that Venezuela is a member state of the American Convention. However, the Inter-American Human Rights Court has not decided yet, that Venezuela is -again- a member state and that, as a result, the Court has jurisdiction over violations committed after September 10, 2013.*

Key words: *Inter-American Human Rights Systems, American Convention on Human Rights, Organization of American States Chart, withdrawal of treaties, depositary of treaties, Venezuela.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA A SU RATIFICACIÓN
 - II. LA POSICIÓN DE LA CORTE SOBRE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN
 - III. EL CARÁCTER VINCULANTE DEL DEPOSITO DEL INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN Y EL PRINCIPIO PROPERSONA
 - IV. LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE VENEZUELA EN LA OEA
- CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

La situación de Venezuela ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es bastante peculiar, casi única, podríamos decir. Usualmente, la identificación de cuáles son los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) no es una cuestión que se preste a debate, pues basta con verificar los actos de depósito ante la Secretaría de la Organización de Estados Americanos (OEA). Pero ese no es el caso de Venezuela.

Aquí abordamos las razones por las cuales, y desde la centralidad de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sí tiene jurisdicción sobre Venezuela como Estado parte de la Convención, tomando en cuenta el caso N° 14.143, elevado por la Comisión Interamericana (CIDH) ante la Corte, y el cual versa sobre violaciones realizadas después de que la denuncia de la Convención surtió efectos, esto es, el 10 de septiembre de 2013¹.

Esta conclusión no es solo relevante desde la perspectiva de las víctimas y del estándar *pro persona*. Además, que la Corte IDH reconozca su jurisdicción sobre violaciones cometidas después de 2013, puede ser un elemento importante para impulsar la transición en Venezuela, incluso, fomentando el diálogo con la Corte Penal Internacional (CPI) y otros organismos internacionales relacionados con la emergencia humanitaria en el país.

I. DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA A SU RATIFICACIÓN

A los fines de la mejor comprensión de los fundamentos jurídicos de la posición aquí defendida, conviene repasar los hitos fundamentales a través de los cuales Venezuela denunció la Convención y ratificó -de nuevo- este tratado, con efectos retroactivos.

Venezuela denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012, mediante comunicación suscrita por el entonces ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros.

¹ Este artículo resume el amicus que presentamos ante la Corte, en el caso N° 14.143, *Alfredo José Chirinos Salamanca y otros contra Venezuela*. Véase lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “La situación de Venezuela ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Agenda Estado de Derecho*, 24 de febrero de 2023.

Esa denuncia pretendía eludir la responsabilidad internacional de Venezuela por las políticas de violación de derechos humanos que ya se venían implementando para ese entonces, tal y como lo demuestran las distintas sentencias de condenas dictadas por la Corte IDH, así como diversos reportes y decisiones de la CIDH².

Esta denuncia violó la Constitución de Venezuela, que expresamente incorporó a la Convención como mecanismo de protección de los derechos humanos e incluso, le otorgó rango supraconstitucional (artículo 23). En tal sentido, la denuncia no solo implicó ignorar su expresa incorporación a la Constitución y su rango supraconstitucional, sino que, además, derivó en un tratamiento regresivo de los derechos humanos.³ A pesar de lo anterior, la denuncia -debidamente comunicada a la Secretaría de la OEA, quien presta los servicios de depósito- surtió plenos efectos jurídicos a partir del 10 de septiembre de 2013. Así lo reconoció la Corte en su informe anual de ese año⁴:

“Venezuela presentó el 10 de septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). De conformidad con lo estipulado en el artículo 78.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “[l]os Estados Parte podrán denunciar esta Convención [...] mediante un preaviso de un año”. La denuncia surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013. Cabe señalar que, tal y como así lo establece el apartado 2º del señalado artículo 78, dicha denuncia no desliga al Estado venezolano de las obligaciones contenidas en la Convención Americana en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sucedido con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produjo efecto”

Como consecuencia, la Corte dejó de tener jurisdicción para conocer de violaciones cometidas luego del 10 de septiembre de 2013, aun cuando preservó la jurisdicción para conocer de las violaciones cometidas antes de fecha. Este dato temporal es importante, pues en virtud de la denuncia, la Corte perdió jurisdicción para conocer de las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas en Venezuela a partir de 2014⁵.

A su vez, el 28 de abril de 2017, se recibió la denuncia de Venezuela a la Carta de la OEA, cuya consecuencia, en todo caso, solo comenzarían a surtir efectos dos años después, de acuerdo con el artículo 143 de la Carta. Con esta decisión, por ello, Venezuela manifestó su voluntad de desvincularse completamente del SIDH. Esta denuncia fue igualmente inconstitucional, asumiendo la incorporación de los tratados del SIDH en el orden interno. Empero, la denuncia, debidamente comunicada, surtiría efectos a partir del 28 de abril de 2019.

La única manera de revertir la salida de Venezuela del SIDH, era dejando sin efecto la denuncia de la Carta y ratificando la Convención. De acuerdo con la Constitución de Venezuela, la conducción de las relaciones internacionales corresponde a la Presidencia de la

² De la Comisión, véase *Institucionalidad democrática, Estado de Derecho y derechos humanos en Venezuela*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. 209, 31 diciembre de 2017. Sobre el desconocimiento de las sentencias de la Corte, *vid.*: Brewer-Carías, Allan, “El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los Tribunales nacionales: los casos de Perú, Venezuela y República Dominicana”, 2014.

³ Véase el completo estudio de Ayala, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX*, Bogotá, 2013, pp. 43 y ss.

⁴ Corte IDH, *Informe anual de 2013*, San José, 2014, p. 5.

⁵ En efecto, a partir de 2014 las violaciones de derechos humanos en Venezuela pasaron a tener un enfoque especial -basado en casos específicos de retaliación- a un enfoque general y sistemático, en contra de la sociedad civil. Por ello, la denuncia impidió a la Corte IDH conocer de las violaciones cometidas, precisamente, en este contexto sistemático.

República, incluyendo la ratificación y denuncia de tratados⁶. Con lo cual, para revertir la inconstitucional denuncia de la Carta y Convención era necesario que se produjese un cambio en la Presidencia, pues la política del presidente Hugo Chávez y de su sucesor, Nicolás Maduro, consistió en repudiar la vigencia del Derecho Internacional de los derechos humanos, para amparar con ello las políticas de violaciones de derechos de humanos que de manera especial, y a partir de 2014, degeneraron en políticas de sistemática violación⁷.

Ahora bien, el período presidencial de Nicolás Maduro venció el 10 de enero de 2019. En mayo de 2018 el Gobierno de Maduro, en control pleno de las instituciones, organizó elecciones presidenciales no competitivas para procurar la proclamación de Nicolás Maduro como presidente reelecto, como en efecto sucedió. Esa elección fue repudiada por la CIDH y por la OEA, entre otros. Por ello, el 10 de enero de 2019 no había, Venezuela, presidente legítimamente electo⁸.

De conformidad con el artículo 233 de la Constitución, en ausencia de presidente electo, el presidente de la Asamblea Nacional electa en 2015 debía asumir la Presidencia de la República hasta la celebración de elecciones presidenciales libres y justas. A partir del 23 de enero de 2019, diversos Estados -a través de sus Poderes Ejecutivos- emitieron declaraciones políticas de reconocimiento del presidente encargado. A los fines de regular el ejercicio interino de la Presidencia, la Asamblea Nacional dictó una Ley especial -el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*- que, entre otras materias, reguló la competencia del presidente encargado para conducir las relaciones internacionales e incluso, ratificar tratados. De manera especial, el Estatuto emplazó al presidente encargado a realizar los actos necesarios para garantizar el pleno reingreso de Venezuela al SIDH⁹.

El estatus constitucional del presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado precisaba del correspondiente reconocimiento, a los fines de desplazar la representación legal de Venezuela desde el Gobierno de Nicolás Maduro al presidente encargado. Este reconocimiento (usualmente denominado “reconocimiento de Gobiernos”) es una atribución exclusiva de los Estados. En el ámbito de los organismos internacionales, por ello, este reconocimiento es resultado de la decisión adoptada por los Estados miembros a través de los órganos correspondientes de la organización internacional.

Con lo cual, jurídicamente, era necesario que los órganos de la OEA no solo desconocieran a los representantes de Nicolás Maduro sino, además, reconocieran a los representantes designados bajo el control de la Asamblea Nacional, que, a partir del 10 de enero de 2019, fue considerada como la única autoridad legítima de Venezuela.

⁶ Para el caso de Venezuela, el presidente de la República tiene la atribución de celebrar y ratificar tratados (artículo 236.4 de la Constitución), sujeto al control parlamentario del artículo 154 constitucional. Con lo cual, solo el presidente de la República podía ratificar la Convención.

⁷ De allí la decisión de denunciar la Carta de la OEA, como una forma de eludir la responsabilidad derivada de la violación sistemática de derechos humanos. Véase sobre ello, en especial: *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*, Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2018.

⁸ Véase a Brewer-Carías, Allan, *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019.

⁹ Como explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

De esa manera, como el reconocimiento de Gobiernos es una cuestión política con implicaciones jurídicas, solo los Estados pueden emitir declaraciones de reconocimiento, lo que, en el caso de la OEA, pasaba por contar con el consentimiento de los Estados representados en el Consejo Permanente y en la Asamblea General, tal y como se logró:

En primer lugar, el Consejo Permanente, en Resolución de 9 de abril de 2019, aceptó al “*Sr. Gustavo Tarre como representante permanente designado por la Asamblea Nacional, a la espera de nuevas elecciones y el nombramiento de un gobierno elegido democráticamente*”¹⁰.

En segundo lugar, Esta decisión fue ratificada por la Asamblea General el 28 de junio de 2019¹¹, la cual decidió “*aceptar al Representante Permanente ante la Organización de los Estados Americanos, designado por la Asamblea Nacional de Venezuela, hasta que se celebren nuevas elecciones presidenciales y resulten en el nombramiento de un gobierno elegido democráticamente*”. Esta decisión fue adoptada como parte de una estrategia más amplia destinada a “*apoyar la restauración pacífica de la democracia en Venezuela, encabezada por el pueblo venezolano, guiada por la constitución venezolana, e instar a convocar elecciones presidenciales libres, justas, transparentes y legítimas lo antes posible*”.

En paralelo, y en *tercer lugar*, la Asamblea Nacional y el presidente encargado dejaron sin efecto la denuncia a la Carta de la OEA, presentada por el Gobierno de Venezuela en abril de 2017 y que surtiría efectos dos años después, o sea, en abril de 2019. Aquí el objetivo legal era evitar que esa denuncia surtiera efectos, razón por la cual fue necesario actuar con premura. Así, el presidente de la Asamblea Nacional, actuando como presidente encargado, dirigió comunicación de 8 de marzo de 2019 al secretario general de la Organización, en la cual ratificó la voluntad del Estado venezolano de permanecer como Estado parte de la Carta de la OEA, tal y como había decidido la Asamblea Nacional en Acuerdos de 2 de mayo de 2017 y 22 de enero de 2019¹². Fue de esa manera cómo la denuncia de la Carta de la OEA no llegó a surtir efectos, lo permitió a Venezuela mantener su condición de Estado parte¹³.

En *cuarto lugar*, la estrategia respecto de la Convención era distinta pues, a pesar de su inconstitucionalidad, lo cierto es que, en los hechos, como vimos, ya la denuncia había surtido efectos. Por lo tanto, la estrategia consistió en ratificar la Convención -así como la jurisdicción contenciosa de la Corte- con efectos retroactivos, para permitir así la protección jurídica de las víctimas de violaciones de derechos humanos después del 10 de septiembre de 2013, siguiendo a estos efectos las disposiciones de la Convención -y del Derecho Internacional Público- sobre ratificación de tratados.

De esa manera, y en *quinto lugar*, en Acuerdo de 15 de mayo de 2019 la Asamblea decidió dejar sin efecto la denuncia de la Convención y ordenó cumplir todos los pasos para la ratificación de esa Convención -y el resto de las normas del Sistema Interamericano-.¹⁴

¹⁰ Resolución CP/RES. 1124 (2217/19)

¹¹ Resolución D-014/19 sobre “La situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos”.

¹² Véase la comunicación en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notas_Juan_Guido_03-7-2019.pdf

¹³ Hernández G., José Ignacio, “El reingreso de Venezuela al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2019, pp. 61 y ss.

¹⁴ Véase el texto íntegro en: <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-para-reestablecer-la-vigencia-de-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-y-la-proteccion-internacional-que-ofrecen-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-y-la-comision-interamericana-388>

Con base en este Acuerdo, y en *sexto lugar*, el presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado de la República, comunicó a la Secretaría de la Organización la voluntad del Estado venezolano de suscribir la Convención, según quedó reflejado en misiva de 1 de julio de 2019. A tales efectos, la adhesión se hizo de manera retroactiva -como si nunca hubiese tenido lugar la denuncia presentada el 10 de septiembre de 2012-. Tal instrumento fue depositado el 31 de julio de 2019¹⁵.

Es importante destacar que tanto la decisión de dejar sin efecto la denuncia de la Carta, como la ratificación de la Convención, constaron en instrumentos depositados en la Secretaría de la OEA, quien presta los servicios de depósito.

En efecto, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ), en el portal de sobre las firmas y ratificaciones de la Carta, incluye a Venezuela como Estado parte de conformidad con la ratificación efectuada en 1951, y que se mantuvo, al haberse dejado sin efecto la denuncia de 2012¹⁶. Asimismo, en ese portal¹⁷ consta la firma de la Convención por Venezuela, en 1969, así como la ratificación el 1 de julio de 2019 depositada el 31 de julio. Esto es, la ratificación de la Convención por Venezuela, representada por el presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado, consta en los registros del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión.

El registro del instrumento de ratificación de la Convención fue consistente con la declaración política adoptada por la OEA, en cuanto al reconocimiento del Gobierno de Venezuela. Una de las consecuencias jurídicas prácticas de esta decisión política fue el registro del instrumento de ratificación de la Convención, realizado por quien, en el ámbito de la OEA, ejercía para ese momento la representación legal de Venezuela.

Esta explicación acredita la racionalidad del acto de registro del instrumento de ratificación de la Convención fechado el 31 de julio de 2019. Así, desde el punto de vista jurídico, ese acto de registro, consecuencia de los servicios de depósito que presta la Secretaría General, fue consecuencia de la decisión política de reconocimiento traducida en decisiones jurídicas del Consejo Permanente y de la Asamblea General. En tanto acto jurídico derivado del servicio de depósito, surtió plenos efectos jurídicos como el único acto a través del cual se determina quiénes son los Estados parte de la Convención.

Es por ello -como se amplía más adelante- que el acto de depósito del instrumento de ratificación de la Convención es vinculante para la Corte IDH. Así, no corresponde a la Corte decidir acerca de la cuestión política sobre qué organización debe ser reconocida como Gobierno de Venezuela (si el Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro o el presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado), ni tampoco, sobre si Venezuela es o no Estado parte de la Convención. Ambos asuntos ya fueron resueltos por los órganos correspondientes de la OEA, en concreto, por la Secretaría, al registrar el depósito del instrumento de ratificación de la Convención presentado por el presidente encargado, en representación de Venezuela.

II. LA POSICIÓN DE LA CORTE SOBRE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

En la práctica, la Corte IDH ha considerado en vigor la denuncia de la Convención de 2012, y por ello, considera que Venezuela no es Estado parte. Esto no ha respondido a ningun-

¹⁵ Véase la comunicación en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/B-32_venezuela_RA_7-31-2019.pdf

¹⁶ Véase: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA_firmas.asp

¹⁷ Véase: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

na decisión expresa, sino más bien a la práctica de la Corte, reflejada en sus informes y, en especial, en la reciente opinión consultiva dictada, precisamente, a los fines de interpretar los efectos de la denuncia de la Convención respecto de las obligaciones de los Estados parte. Asimismo, en recientes casos sentenciados en contra de Venezuela la Corte ha considerado que la denuncia se mantiene en vigor. Incluso, la representación de Venezuela en esos casos ha sido ejercida por el Gobierno de Nicolás Maduro. La Comisión Interamericana, por el contrario, sí ha aplicado la ratificación de la Convención, considerando a Venezuela como Estado parte¹⁸.

En todo caso, debe aclararse que estos antecedentes no son relevantes para el caso examinado, pues ellos versaron sobre violaciones a derechos humanos acontecidas antes de la denuncia de la Convención. En el caso examinado, por el contrario, las violaciones a derechos humanos declaradas por la Comisión fueron realizadas luego de que la denuncia surtiera efectos, con lo cual, la jurisdicción de la Corte pasa a ser un tema de relevancia práctica.

Así, en la página web de la Corte, en la sección correspondiente a los Estados parte de la Convención, se señala que “Venezuela presentó el 10 de septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La denuncia surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013”¹⁹. En ese mismo portal web, en la sección correspondiente a los Estados parte bajo jurisdicción de la Corte, no se incluye Venezuela.

Además, en los informes anuales correspondientes al 2019, 2020, 2021 y 2022, Venezuela no es incluida dentro de los Estados parte, al hacerse alusión a la denuncia de 2012. Cabe recordar que la ratificación de la Convención se efectuó en el 2019, y, por ende, debió haber sido reflejada por la Corte²⁰.

En especial, en la Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, la Corte analizó el régimen jurídico de la denuncia de la Convención y obligaciones de los Estados parte luego de la denuncia. Aun cuando la sentencia no analizó el caso venezolano en detalle, tampoco mencionó la ratificación efectuada en 2019. Incluso, en el voto disidente del Juez Raúl Zaffaroni, se analizó con más detalle el caso de Venezuela, siempre asumiendo la vigencia de la denuncia (párrafo 1):

“En las intervenciones que tuvieron lugar en el curso de la audiencia pública correspondiente al trámite de la presente Opinión Consultiva, se reiteraron las directas referencias al caso concreta que plantea la desvinculación de la República Bolivariana de Venezuela del sistema interamericano y de la propia organización continental.

Si bien es verdad que la respuesta a la presente Opinión Consultiva tendría validez respecto de cualquier otra situación análoga, lo cierto es que las similares que se han presentado son ahora prácticamente históricas y de momento no existe otra de esas características, relevancia y gravedad en la política internacional continental. Tampoco el Estado solicitante ni ningún otro manifiesta su intención de desvincularse del sistema, o sea, de dar lugar a una situación semejante”.

¹⁸ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “El incompleto reingreso de Venezuela al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Público* N° 165-166, Caracas, 2021, pp. 336 y ss.

¹⁹ Véase: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

²⁰ Página 12 del informe de 2019, que puede verse aquí: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2019/espanol.pdf> Véase la página 17 del informe de 2020 aquí: <https://corteidh.or.cr/docs/informe2020/espanol.pdf>. En el informe de 2021, véase la página 15: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/espanol.pdf>. En el informe de 2022, la mención se encuentra en la página 14: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2022/espanol.pdf>

Esta Opinión Consultiva, al menos implícita o indirectamente, asume que Venezuela no es Estado parte de las Convención -un aspecto que, en todo caso, no fue ni elevado a la consideración de la Corte ni sobre el cual ésta emitió parecer alguno -.

Más en concreto, la Corte IDH ha dictado decisiones luego del depósito del instrumento de ratificación de 2019, que, sin embargo, siguen considerando vigente la denuncia de 2012. Así, por ejemplo, poco después de la ratificación, en sentencia de 30 de agosto de 2019 en el caso *Álvarez Ramos*, la Corte consideró que la denuncia de 2012 estaba en vigor, con lo cual, solo podía conocer de violaciones sucedidas antes del 10 de septiembre de 2013 (párrafo 16). Similar conclusión fue afirmada en la sentencia de 19 de noviembre de 2019, caso *Díaz Loreto y otros* (párrafo 13); de 10 de noviembre de 2020, caso *Olivares Muñoz y otros* (párrafo 16) y de 18 de noviembre de 2020, caso *Mota Abarullo y otros* (párrafo 12). Más recientemente, en la sentencia de 20 de septiembre de 2021, en el caso *González y otro*, la Corte conoció de la solicitud formulada por la Comisión el 8 de agosto de 2019, o sea, *después* del depósito del instrumento de ratificación. Sin embargo, la Corte ratificó que Venezuela ya no es parte de la Convención (párrafo 13).

Además, en los casos presentados por la Comisión después del 10 de enero de 2019, y dejando a salvo el punto de la interpretación sobre la denuncia de la Convención, se ha mantenido la representación de Venezuela en el Gobierno de Nicolás Maduro, a pesar de que éste no ejerce la representación de Venezuela en la OEA. Por ejemplo, en el caso *Olivares Muñoz y otros*, el régimen de Maduro dio contestación el 26 de diciembre de 2019, actuando como representantes Larry Devoe Márquez y a Edgardo Toro como agente alterno. En el caso *Mota Abarullo y otros*, la contestación fue presentada el 16 de diciembre de 2019, actuando Larry Devoe Márquez como representante²¹.

Otro incidente para destacar sucedió durante la audiencia celebrada el 19 de abril de 2021 con ocasión a la *opinión consultiva sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad*. Luego de la intervención de representantes del Gobierno de Venezuela designados por el presidente encargado, el juez Pazmiño objetó la legitimidad de tales representantes. Ante esa observación, la presidente de la Corte recordó que la representación de Venezuela ante la Organización ha sido ya reconocida en tal carácter²². El asunto no dio lugar a nuevas incidencias, al menos, en la audiencia celebrada ese día.

Como se observa, la Corte, en la práctica, considera que Venezuela dejó de ser Estado parte el 10 de septiembre de 2013, y que, en todo caso, para hechos acontecidos antes de esa fecha, Venezuela es representada por el régimen de Maduro.

En resumen, existen dos situaciones que deben distinguirse:

Por un lado, la Corte IDH, en la práctica, no ha aceptado la ratificación de la Convención realizada por Venezuela el 1 de julio de 2019, y considera, por el contrario, que la denuncia de Venezuela entró en vigor el 10 de septiembre de 2013 e -implícitamente- continua vigente. De la información que manejamos, esta no es una conclusión derivada de interpretaciones jurídicas, sino simplemente, una conclusión derivada de la práctica de la Corte. Así ha sucedido, incluso, en casos planteados a la Corte luego del depósito del instrumento de ratificación.

²¹ Larry Devoe Márquez es Director del Consejo Nacional de Derechos Humanos (<https://consejode-rechoshumanos.gob.ve/secretaria-ejecutiva/>) y en tal carácter, ha avalado las políticas del régimen de negar vigencia al Sistema Interamericano (<https://www.noticierodigi-tal.com/2020/01/ejecuti-vo-de-maduro-ratifica-que-visita-de-cidh-no-esta-autorizada>).

²² Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=xymLQkRqLbU>, a partir de las 2:27:39.

Por el otro lado, en la práctica, quien representa a Venezuela ante la Corte en casos relacionados con hechos anteriores al 10 de enero de 2013 es el Gobierno de Maduro, incluso, en actuaciones posteriores al reconocimiento del representante designado por la Asamblea Nacional ante la Organización luego del 9 de abril de 2019.

En el caso examinado, la CIDH conoció y decidió sobre violaciones a derechos sucedidas luego del 10 de septiembre de 2013. A los fines de decidir elevar el caso a la Corte, de conformidad con la Convención, la Comisión tomó en cuenta el depósito del instrumento de ratificación de la Convención que, como se explica en este escrito, genera efectos vinculantes en el Sistema.²³ Esto es, que para la CIDH, la Corte IDH sí tiene jurisdicción para conocer de demandas por violaciones realizadas luego del 10 de septiembre de 2013, tomando en cuenta, como único hecho relevante, el depósito de la ratificación de la Convención ante la Secretaría General de la OEA. Por ello, en este caso, la Corte debe decidir sobre su jurisdicción.

III. EL CARÁCTER VINCULANTE DEL DEPOSITO DEL INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN Y EL PRINCIPIO PROPERSONA

La divergencia de la práctica de la Comisión y de la Corte ha confluído en el caso bajo examen, en el cual la Comisión ha planteado una demanda en contra de Venezuela, enmarcada en la Convención, por violaciones sucedidas después del 10 de septiembre de 2013, pues la Comisión -acertadamente- interpretó que la ratificación depositada surte plenos efectos jurídicos. Ahora corresponde a la Corte decidir si tiene jurisdicción, lo que se supedita a la decisión en torno la condición de Venezuela como Estado parte. Los casos comentados en la sección anterior, en realidad, versaban sobre hechos anteriores al 10 de septiembre de 2013, con lo cual, la Corte no tenía por qué decidir este punto.

El punto de inicio para resolver esta cuestión es recordar que no corresponde a la Corte IDH decidir quién es el Gobierno de Venezuela, o sea, decidir sobre el reconocimiento de ese Gobierno. En el Derecho Internacional, el llamado reconocimiento de Gobiernos es una competencia privativa de los Estados en conducción de relaciones internacionales, y, por lo tanto, es una cuestión política que cae fuera del ámbito de la jurisdicción del Poder Judicial²⁴. En el caso de los organismos internacionales, el reconocimiento de Gobiernos -que no es una incidencia formal alusiva a las credenciales- es, igualmente, competencia privativa de los Estados miembros de esa organización.

Jurídicamente, en realidad, el reconocimiento recae sobre el Estado como sujeto de Derecho de Internacional, aun cuando por razones prácticas, es preciso identificar quién puede representar al Estado en ese ámbito, representación que recae en la organización política considerada como Gobierno.

²³ Según la Comisión, “de acuerdo con la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), quien conforme a la Carta de la OEA actúa como depositaria de los tratados, el 31 de julio de 2019, Venezuela depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana”. Comunicación del caso N° 14.143, fechado 16 de febrero de 2022, tomado en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/VE_14.143_NdeREs.PDF

²⁴ Crawford, James R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 134 y ss. Ver recientemente Visoka, Gëzim *et al.*, “Introduction” en Visoka, Gëzim, *et al.* (ed), *Routledge Handbook of State Recognition*, Taylor & Francis Group, Milton, 2019, pp. 1-23.

El reconocimiento de Gobiernos, por ello, alude a la decisión práctica por medio de la cual se identifica la organización política que puede representar al estado en el plano internacional²⁵.

En el caso de Venezuela, esta decisión práctica recae sobre el titular de la Presidencia de la República, a quien corresponde la conducción de las relaciones internacionales. Por ello, el reconocimiento del Gobierno de Venezuela equivale a determinar quién es titular de las atribuciones de la Presidencia de la República a los fines de conducir las relaciones internacionales.

Como se explicó, a partir del 23 de enero de 2019, diversos Estados reconocieron al presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, hasta la celebración de elecciones libres y justas. Este reconocimiento político se ancló en la condición de la Asamblea Nacional como la única autoridad democrática en Venezuela.

Ahora bien, este reconocimiento político ha dado lugar a controversias judiciales, en especial, en Estados Unidos y en el Reino Unido. En todos los casos decididos se han establecido varios principios: (i) el reconocimiento del Gobierno de Venezuela es una cuestión política que escapa de la jurisdicción del Poder Judicial; (ii) de acuerdo con el principio de una sola voz, solo puede haber una organización política reconocida como Gobierno y (iii) el Poder Judicial debe respetar la decisión política de reconocimiento, sin que pueda revisar o reinterpretar esa decisión, por ejemplo, tomando en cuenta elementos como el control territorial. Estos principios han llevado a concluir que solo el presidente de la Asamblea Nacional puede ser reconocido como presidente, en especial, para la representación de Venezuela²⁶.

Aplicando analógicamente estos principios al SIDH puede observarse que el reconocimiento del Gobierno de los Estados parte es competencia de los órganos políticos de ese Sistema, o sea, de la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Secretaría de la OEA, sin que la Corte tenga jurisdicción para decidir quién es el Gobierno. De acuerdo con el principio de una sola voz, por ello, solo una organización puede representar a Venezuela en la OEA y el Sistema, de acuerdo con las decisiones políticas tomadas por la OEA. La representación de Venezuela para la ratificación de la Convención, por ello, solo puede determinarse de acuerdo con la decisión de la Secretaría en ejercicio de las funciones de depósito, decisión que depende a su vez de las decisiones políticas sobre el reconocimiento del Gobierno de Venezuela.

Así, el depósito de la Convención es competencia de la Secretaría de la Organización - artículo 74- incluso por lo que respecta a la ratificación de la jurisdicción de la Corte -artículo 62- caso en el cual, la Secretaría de la Organización transmitirá copias “*al secretario de la Corte*”. Sin perjuicio de la independencia de la Corte, lo cierto es que la identificación de los Estados que son parte de la Convención y de sus representantes, debe quedar regulada por el régimen jurídico de la OEA, cuya Secretaría presta servicios de depósito de los instrumentos de ratificación. Dos consecuencias se desprenden de lo anterior.

La *primera* consecuencia es que, una vez cumplido el trámite del depósito, y de la ratificación de la adhesión a la jurisdicción, la Corte debe aceptar esos actos a los fines de determinar cuáles son los Estados parte de la Convención y los Estados que han aceptado su juris-

²⁵ Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 21 y ss. Desde una perspectiva latinoamericana, véase Augusto García, Eduardo “Reconocimiento de los Gobiernos de facto”, en *Revista de Estudios Interamericanos*, Vol. 7, No. 4, 1965, pp. 449 y ss.

²⁶ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial frente a la deuda legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 163 y ss.

dicción. La *segunda* consecuencia es que la representación del Estado en la Corte depende de los representantes que han sido reconocidos como tales en el marco de la OEA, en especial, la Asamblea General. En otros términos, los Gobiernos aceptados como tales por la Asamblea General pueden designar representantes ante la Corte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 del *Reglamento de la Corte*. Ello asegura el cumplimiento del principio de “una sola voz” según el cual, Venezuela solo puede ser representada por un solo Gobierno.

Con lo cual, el servicio de depósito es vinculante para la Corte quien debe considerar que Venezuela es Estado parte de la Convención. Es necesario reforzar que esa Corte no tiene que decidir quién es el Gobierno de Venezuela, ni entrar a analizar si el presidente de la Asamblea Nacional podía actuar como presidente de la República para ratificar la Convención. Tampoco esa Corte debe entrar a considerar temas como el control territorial que puede ejercer el presidente encargado o el Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro. La Corte ha sido descargada de estas decisiones, pues el conflicto político entre el presidente encargado y el Gobierno *de facto* ya fue resuelto con plenos efectos jurídicos por la OEA a favor del primero, como quedó en evidencia con el registro del depósito del instrumento de ratificación. Para la Corte, el único hecho jurídicamente relevante es ese depósito.

Por ello, la única evidencia relevante para la Corte para determinar si Venezuela es Estado parte de la Convención, es el depósito del instrumento de ratificación, realizado el 31 de julio de 2019. Si hubiere dudas sobre quiénes son los Estados parte de la Convención, esa duda solo puede resolverse a partir de registro de los instrumentos de depósito, sin que sea posible que la Corte decida sobre la cuestión política del reconocimiento de Gobiernos.

Hay un precedente que apoya esta interpretación, correspondiente a República Dominicana.²⁷ Como es sabido, el presidente de República Dominicana aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte, de acuerdo con el correspondiente instrumento depositado ante la Secretaría. El Tribunal Constitucional de ese país, sin embargo, consideró que la decisión del presidente de ratificar esa jurisdicción era inconstitucional. A pesar de ello, en el registro de la Secretaría se mantiene depositado el instrumento correspondiente. Por ello, la Corte Interamericana ha concluido que lo determinante a los fines de decidir su jurisdicción es el depósito del instrumento, y no las decisiones del Tribunal Constitucional.²⁸ Como se observa, la decisión sobre qué Estados reconocen la jurisdicción de la Corte se decide, exclusivamente, con base en los registros que lleva la Secretaría.

Otro caso de interés es Palestina, pues la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas registró, en 2015, el instrumento de depósito de la ratificación del Estatuto de Roma realizado por Palestina. Por ello, para la Fiscalía y la Corte Penal Internacional, Palestina es Estado parte del Estatuto. Esa decisión no pasa por resolver la cuestión política del reconocimiento de Palestina como Estado, sino simplemente, pasa por darle plenos efectos jurídicos al acto de depósito²⁹.

²⁷ Brewer-Carías, Allan, “El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los Tribunales nacionales: los casos de Perú, Venezuela y República Dominicana”.

²⁸ Resolución de la Corte de 12 de marzo de 2019, caso *de las niñas Yean y Bosico et al.*

²⁹ La cuestión política del reconocimiento de Palestina tiene implicaciones jurídicas sobre las cuales la Corte puede ejercer jurisdicción, en concreto, tomando en cuenta el servicio de depósito de los tratados, servicio que a su vez se basa en las decisiones de los órganos de deliberación del organismo internacional que presta los servicios de depósito, que en el caso comentado es la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. La Corte no puede revisar los actos dictados en virtud de este servicio. Con lo cual, más allá del estatus de Palestina en el Derecho Internacional, la Corte observó que se dio cumplimiento al trámite de depósito, pues la Corte no tiene juris-

No desconocemos que los hechos bajo los cuales fue reconocido el presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, repudiándose al Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro, respondieron a circunstancias políticas muy complejas. Pero para la Corte, este no es un dato relevante pues no le corresponde interpretar esos hechos y decidir los efectos jurídicos de la crisis política en Venezuela (que es, antes que nada, una crisis humanitaria signada por graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos). Ya esa decisión fue tomada por la OEA, tal y como lo reflejó el acto de depósito del instrumento de ratificación de la Convención, dictado en consonancia con las decisiones de la Asamblea General y la Comisión. La Corte IDH debe actuar en consecuencia y por ello considerar que, de acuerdo con ese instrumento de ratificación, tiene jurisdicción para conocer del presente caso.

Si la Corte decidiera, por el contrario, que la ratificación de la Convención no puede ser aceptada pues el presidente encargado no podía representar a Venezuela en su condición de titular de la Presidencia de la República, en tanto esa titularidad recae en el Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro, se producirían varias infracciones al Derecho Internacional. Por un lado, la Corte actuaría fuera de su jurisdicción, pues la cuestión política de reconocimiento de Gobiernos no corresponde a la Corte. Además, se violaría el principio de una sola voz: mientras que la Comisión sí reconoce el acto de depósito formulado por el presidente encargado, la Corte desconocería ese acto. Finalmente, esta decisión implicaría un tratamiento regresivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y por ende, una violación al principio *pro persona*³⁰.

Y es que, en efecto, si hubiese dudas sobre la interpretación de los actos de depósito, debe adoptarse la interpretación que más favorezca a los derechos humanos en sintonía con el principio de progresividad. Este principio de interpretación *pro persona* justifica, entonces, otorgar plenos efectos jurídicos al acto de depósito del 31 de julio de 2019, como ya ha hecho la Comisión, con carácter retroactivo a partir del 10 de septiembre de 2013.

Los efectos jurídicos vinculantes del acto de depósito también se extienden sobre quién puede representar a Venezuela ante la Corte. Ya explicamos que, de acuerdo con la costumbre internacional y la Constitución venezolana, esa representación recae en el Poder Ejecutivo, en concreto, en la Presidencia de la República.

Cabe acotar que la representación judicial de Gobiernos es consecuencia del reconocimiento de Gobiernos. Por ello, en el caso de Venezuela, las Cortes de Estados Unidos y el Reino Unido han decidido que en tanto el Gobierno de Venezuela reconocido está representado por el presidente encargado, solo éste -por medio de los funcionarios designados a tales efectos- puede ejercer la representación judicial de Venezuela.

Las circunstancias de hecho bajo las cuales el presidente encargado ejerce sus funciones, y la existencia de un Gobierno *de facto* que controla parte del territorio, no son cuestiones relentes para el Poder Judicial, quien debe actuar en consecuencia con la decisión política de reconocimiento³¹.

dicción para revisar los actos de depósito que definen la condición de los Estados parte (“*The Chamber has no jurisdiction to review that procedure and to pronounce itself on the validity of the accession of a particular State Party*”). Decisión de la Sala I de Cuestiones Preliminares de 5 de febrero de 2021, párrafos 57, 96, 99 y 102, tomado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR_2021_01165.PDF

³⁰ Entre muchas otras decisiones, véase el párrafo 12 de la opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, en el caso de la colegiación obligatoria de periodistas.

³¹ Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial frente a la deuda legada de Chávez y Maduro* (2019-2020), *cit.*

Bajo estos principios, Venezuela solo podía ser representada ante la Corte por la misma organización que representa a Venezuela en el Sistema Interamericano y en la OEA. Y esa organización, como ya ha sido aclarado, corresponde al presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado y, en concreto, al jefe de la misión permanente de Venezuela ante la OEA, embajador Gustavo Tarre Briceño³². Así fue, al menos, hasta el 3 de enero de 2023, como se explica en la siguiente sección.

IV. LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE VENEZUELA EN LA OEA

La situación de Venezuela frente al SIDH se complicó todavía más, luego de la que la Asamblea Nacional electa en 2015 eliminó la figura del presidente encargado y, además, dejó sin efecto la representación de Venezuela frente a la OEA, al reformar el Estatuto de Transición el 3 de enero de 2023. Tal y como, entre otros, los profesores Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar explicaron, esa decisión es violatoria de la Constitución, en tanto la autoridad del presidente de la Asamblea Nacional para actuar como presidente encargado deriva de la directa aplicación de la Constitución, y no de una decisión política³³. Pero en cualquier caso surtió plenos efectos, pues el representante permanente designado por la Asamblea ante la OEA cesó funciones³⁴.

No se trató, entonces, de un caso de renuncia, si no de un atípico caso de extinción del cargo de representante permanente de Venezuela. Es por ello que esa representación permanece vacía, y así será hasta que la Asamblea y el Consejo admitan a un nuevo representante - lo que pasa por la decisión de reconocer quién es el Gobierno de Venezuela-.

En todo caso, la única consecuencia jurídica de ello es que Venezuela no tiene representación acreditada ante la OEA y por ende, ante el SIDH. Pero esto no podría afectar la condición de Venezuela como Estado parte de la Carta de la OEA y de la Convención, pues esa condición depende de los correspondientes depósitos, que todavía se mantienen. Por lo anterior, el cese de la representación de Venezuela ante la OEA no debe impedir a la Corte IDH reconocer su jurisdicción para decidir controversias basadas en violaciones de derechos humanos imputables a Venezuela con posterioridad al 10 de septiembre de 2013.

En la práctica, sin embargo, la inconstitucional decisión de la Asamblea Nacional de 2015 agravó la situación de vulnerabilidad de las víctimas, quienes no pueden interactuar con autoridades legítimas ante la Comisión y la Corte, debiendo enfrentarse a los ilegítimos representantes de Maduro ante la Corte, que, con defensas dilatorias, revictimizan a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Más grave todavía, la eliminación de la representación de Venezuela impide articular mecanismos para cumplir con las decisiones de la Comisión y la Corte, en especial, en términos de reparación.

CONCLUSIONES

La Corte IDH no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la cuestión política de a qué organización corresponde el ejercicio de las atribuciones de la Presidencia de la República de Venezuela, a los fines de determinar la representación de ese país ante la OEA.

³² Véase: https://www.oas.org/es/estados_miembros/estado_miembro.asp?sCode=VEN

³³ Para la reforma de 2023, *vid.* Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan, *El final del encargado de la presidencia y el gobierno parlamentario en Venezuela*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2023.

³⁴ Gustavo Tarre Briceño, “Cuatro años en la OEA”, *El Nacional*, 3 de enero de 2023, tomado de: <https://www.elnacional.com/opinion/cuatro-anos-en-la-oea/>

Solo los órganos políticos de la OEA pueden decidir al respecto, y esos órganos decidieron aceptar la representación basada en la legitimidad de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional.

En consonancia con esas decisiones, el 31 de julio de 2019 fue depositado ante la Secretaría de la OEA el instrumento de ratificación retroactiva de la Convención, que, además, contiene la adhesión a la jurisdicción voluntaria de la Corte. Ese registro es vinculante para la Corte, quien no tiene jurisdicción para revisar los actos de depósito. En consecuencia, la Corte debe darles plenos efectos a esos actos, sin necesidad de analizar la cuestión política del reconocimiento del Gobierno de Venezuela.

De acuerdo con los precedentes analizados, la Corte queda vinculada por el registro que acredita el depósito del instrumento de ratificación, y consecuencia, debe decidir que Venezuela es Estado parte de la Convención con efectos retroactivos desde el 10 de septiembre de 2013, día en el que comenzó a regir en el Sistema la -inconstitucional- denuncia de la Convención realizada en 2012. En concreto, en el caso examinado, la Corte tiene jurisdicción para conocer de las violaciones de derechos humanos declaradas por la Comisión después del 10 de septiembre de 2013, tomando en cuenta el efecto vinculante del depósito.

Corte Internacional de Justicia, El Esequibo. Tratado de Washington, Derecho Aplicable

Humberto Briceño León*

Abogado

Resumen: *El propósito de este trabajo es examinar el derecho aplicable según el Tratado para el Arbitraje entre la Gran Bretaña y Venezuela del 2 de febrero 1897 (Tratado de Washington) para la determinación de las fronteras entre Guyana y Venezuela. Nuestro análisis asume que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) declarara la Nulidad del Laudo Arbitral de Paris de 1899 (Laudo de Paris). Si eso ocurriese, subsiguientemente la CIJ para resolver de modo definitivo el diferendo fronterizo, deberá decidir a qué resultado debió arribar el Laudo de Paris de haber aplicado correctamente las reglas jurídicas que para ello se prescribieron convencionalmente. Comenzaremos analizando el principio Uti possidetis Juris en el Tratado de Washington, su naturaleza inter-colonial, la vigencia de los principios de derecho internacional y examinaremos la preeminencia del Uti Possidetis Juris sobre la prescripción y modalidades similares. Consecutivamente, estudiaremos la aquiescencia como requisito esencial para que la prescripción adquisitiva sea constitutiva de título. Finalizaremos observando el vicio de la ausencia absoluta de motivación normativa del Laudo de Paris.*

Palabras Clave: *Esequibo, Guayana Esequiba, disputa territorial entre Venezuela y Guyana, Corte Internacional de Justicia Guyana vs. Venezuela, Tratado de Washington, Laudo Arbitral de Paris, aquiescencia y prescripción en el Derecho Internacional, diferendo fronterizo internacional, uti possidetis juri, intercolonial.*

Abstract: *This article examines the applicable law chosen in the Treaty for Arbitration between Great Britain and Venezuela of February 2, 1897 (Treaty of Washington) to determine the borders between Guyana and Venezuela. Our analysis assumes that the International Court of Justice (ICJ) would have declared the Nullity of the Paris Arbitration Award of 1899 (Paris Award). If that happens, the ICJ shall solve the border dispute definitively, deciding the result that the Paris Award should have reached if it had correctly applied the Treaty of Washington. We will begin by analyzing the Uti Possidetis Juris principle in the Washington Treaty, its intercolonial nature, the applicability of the international law principles for the case, and its preeminence over the acquisitive prescription and similar modalities. Consecutively, we will review the acquiescence as an essential requirement for the acquisitive prescription to be a legal international title. We will end by observing the absence of normative motivation for the Paris Award.*

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas Universidad Central de Venezuela; Diplôme D'Etudes Approfondies (Máster) Instituto de Estudios Políticos de Paris; LL.M (Máster) en Derecho Internacional Universidad de Miami; Profesor e investigador en Venezuela por más de 35 años; académico Visitante en Lewis & Clark Law School, Yale Law School (Fullbright), Oxford UK Centre for Socio-Legal Studies, y profesor adjunto en Duke School of Law.

Key words: *Key words: Esequibo, Guyana Esequiba, territorial dispute between Venezuela and Guyana, International Court of Justice Guyana v. Venezuela, Washington Treaty, Paris Arbitration Award, acquiescence and acquisitive prescription in International Law, international border dispute, uti possidetis juris, intercolonial.*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. *UTI POSSIDETIS JURIS* INTER-COLONIAL EN EL TRATADO DE WASHINGTON

1. *Artículo III del Tratado de Washington.* 2. *Vigencia de Principios de Derecho Internacional. Preeminencia del Principio Uti Possidetis Juris sobre la prescripción y otras modalidades similares.*

III. LA AQUIESCENCIA. REQUISITO ESENCIAL PARA LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de marzo de 2018, el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana (Guyana) presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela) pidiéndole decida la controversia relativa a la validez jurídica y efecto del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899 (Laudo de París) sobre la frontera entre la Colonia de la Guayana Británica, hoy Guyana, y Venezuela. En su solicitud Guyana alego la jurisdicción de CIJ para lo cual argumentó el Artículo 36, párrafo 1 de su Estatuto, conforme al Artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo para Resolver la Controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica firmado en Ginebra el 17 de febrero de 1966 (Acuerdo de Ginebra). Sostuvo Guyana que en el Acuerdo de Ginebra Guyana y Venezuela “confirieron mutuamente al secretario general de las Naciones Unidas la autoridad para elegir los medios de solución de la controversia y, el 30 de enero de 2018, el secretario general ejerció su autoridad eligiendo la solución judicial por la Corte”. La CIJ el 18 de diciembre de 2020, al afirmar su jurisdicción para conocer la demanda presentada por Guyana contra Venezuela, indicó debía decidir sobre la validez del Laudo de París y sus efectos, así como la “cuestión conexa de la solución definitiva del diferendo concerniente a la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela”¹ Agregó la CIJ en ese fallo: “una decisión judicial que declare la nulidad del Laudo de 1899 sin delimitar la frontera entre las Partes podría no conducir a la resolución definitiva de la controversia, lo que sería contrario al objeto y fin del Acuerdo de Ginebra.”² Por último, respecto a su jurisdicción *ratione temporis* estableció la CIJ en la decisión referida: “Por lo tanto, la jurisdicción de la Corte se limita *ratione temporis* a las reclamaciones de cualquiera de las Partes que existían en la fecha en que se firmó el Acuerdo de Ginebra, el 17 de febrero de 1966. En consecuencia, las reclamaciones de Guyana derivadas de hechos que ocurrieron después de la firma del Acuerdo de Ginebra no entran dentro del alcance de la jurisdicción de la Corte *ratione temporis*.”³

Como se observa, la CIJ decidirá sobre la validez del Laudo de París y si declarase su nulidad entrará a delimitar la frontera entre las partes. En efecto, si la CIJ declara la invalidez del Laudo de París continuará con establecer los límites controvertidos y con ello el territorio que corresponde a cada parte, es decir, entrará a conocer sobre los méritos sustanciales rela-

¹ CIJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Jurisdiction of the Court, Judgment*, I.C.J. Reports 2020, p. 455, ¶ 135.

² *Id.* ¶ 86.

³ *Id.* ¶ 135

cionados con la esencia del diferendo limítrofe y su consecuencia territorial. En nuestra opinión, los dos recientes fallos de la CIJ en nuestro caso, el primero de 2020 sobre su jurisdicción y el segundo de 2023 sobre la inadmisibilidad alegada por Venezuela, en repetidas oportunidades destacan que el proceso debe conducir a la resolución definitiva de la controversia.⁴ Esas indicaciones revelan en nuestra opinión que sí se declara la nulidad del Laudo de París el debate se centrará en los títulos jurídicos de las partes para determinar la frontera y el territorio que corresponde a cada una de ellas. De este modo la CIJ revisará y tomará en cuenta exclusivamente los hechos y circunstancias acaecidos hasta 1966, no después, tal cual decidió al declarar su jurisdicción *ratione temporis*.

Se han venido formulados alegatos, argumentos, análisis jurídicos e históricos y al mismo tiempo se ha recabado un importante acervo probatorio, todo lo cual indica que son sustanciales y significativas las posibilidades para que la CIJ declare la nulidad del Laudo de París. En efecto, en Venezuela se han publicado recientemente obras invalorable que contienen brillantes análisis jurídicos e históricos que demuestran, más allá de toda duda, las razones que asisten a Venezuela en el diferendo territorial con Guyana; así lo exponen, entre otros, los trabajos de Allan R. Brewer-Carías,⁵ Rafael Badell Madrid,⁶ y Manuel Donís Ríos,⁷ para tan solo citar las publicaciones más recientes sobre el tema.

Este trabajo se enfoca y aborda aspectos del derecho aplicable prescritos por el Tratado de Washington para la determinación de las fronteras entre las partes. Si ocurriese la declaratoria de la nulidad del Laudo de París, subsiguientemente la CIJ, para resolver de modo definitivo el diferendo fronterizo, deberá aplicar el derecho y reglas que para la demarcación de esa frontera se pactó en el Tratado de Washington, es decir, deberá concluir con el resultado al que debió acceder el Tribunal Arbitral del Laudo de París de haber aplicado las reglas jurídicas que se dispusieron.

Comenzaremos desarrollando algunos aspectos del principio *Uti possidetis Juris* relacionados con el caso Guyana v. Venezuela en el Tratado de Washington desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, su naturaleza inter-colonial, alcance, operatividad, generalidad, y efectos, así como su preminencia sobre las categorías relacionadas con la ocupación y/o posesión territorial incluidas la tenencia adversa y la prescripción y para nuestro caso examinaremos la vigencia de principios de derecho internacional que para alguna circunstancia el Tratado de Washington previó su exclusión. Consecutivamente, estudiaremos la aquiescencia como requisito esencial e imprescindible para que pudiese constituirse la prescripción adquisitiva u otras formas de adquisición similares. Finalizaremos examinando el vicio de la ausencia absoluta de motivación normativa del Laudo de París.

El derecho aplicable que analizaremos en este trabajo es el prescrito por el Tratado de Washington en las siguientes disposiciones:

⁴ CIJ, year 2023, 6 April 2023, Arbitral Award of 3 October 1899, (Guyana v. Venezuela) Preliminary Objection, 2023, 6 April general List no. 171, ¶ 94

⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Derechos de Venezuela sobre el Territorio Esequibo, la Nulidad del Laudo Arbitral de 1899 y las Falsedades en la Memoria de Guyana ante la Corte Internacional De Justicia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales Serie Estudios No. 143 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023

⁶ Rafael Badell Madrid, *La Reclamación de Venezuela sobre el Territorio Esequibo*, Prólogo Héctor Faúndez Ledesma, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2023

⁷ Manuel Donís Ríos (compilador), *El Reclamo Esequibo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021

Artículo III:

El Tribunal deberá investigar y determinar la extensión de los territorios pertenecientes a, o que pudieran ser legalmente reclamados por los Países Bajos Unidos o por el Reino de España respectivamente al momento de la adquisición por Gran Bretaña de la Colonia de la Guayana Británica, y deberá determinar la línea fronteriza entre la Colonia de la Guayana Británica y los Estados Unidos de Venezuela.

Artículo IV, primer párrafo:

Al decidir los asuntos sometidos, los árbitros deberán determinar todos los hechos que consideren necesarios para la decisión de la controversia, y deberán regirse por las siguientes reglas, las cuales son acordadas por las Altas Partes Contratantes como reglas aplicables al caso y por aquellos principios del derecho internacional que no sean inconsistentes con dichas reglas según deberán los árbitros determinar cómo aplicables al caso.

Artículo IV, literales (a), (b), y (c):

(a) La tenencia adversa o la prescripción durante un período de cincuenta años constituirán un buen título. Los Árbitros podrán considerar que el control político exclusivo de un distrito, así como su asentamiento real, son suficientes para constituir una posesión adversa o para que el título sea válido por prescripción.

(b) Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos los derechos y reclamaciones que se basen en cualquier otro fundamento válido de acuerdo con el derecho internacional, y en cualquier principio del derecho internacional que los Árbitros consideren aplicable al caso, y que no estén en contravención de la regla anterior.

(c) Al determinar la línea fronteriza, si el Tribunal encuentra que el territorio de una Parte ha estado a la fecha de este Tratado ocupado por súbditos o ciudadanos de la otra Parte, se le dará el efecto a dicha ocupación que indique la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso que sean requeridos en opinión del tribunal.⁸

II. *UTI POSSIDETIS JURIS* INTER-COLONIAL EN EL TRATADO DE WASHINGTON

El caso líder de la CIJ en relación con el principio *Uti Possidetis Juris* es Burkina Faso v. République du Mali decidido en 1986.⁹ La CIJ al abordar ese principio afirmó: “Cabe indicar nuevamente que la función de la Corte en este caso es señalar la línea de la frontera heredada por ambos Estados de los colonizadores al acceder a la independencia.”¹⁰ Al respecto la CIJ añadió: “La esencia del principio radica en su objetivo principal de asegurar el respeto de los límites territoriales en el momento en que se logra la independencia.”¹¹

Este principio es también frecuentemente abordado como concepto de derecho internacional para definir las fronteras de los nuevos estados soberanos sobre la base de sus fronteras administrativas anteriores, así las nuevas soberanías no se basan en el *Uti Possidetis de Facto* se sustentan en el *Uti Possidetis Juris*,¹² lo que es ampliamente reconocido como la doctrina predominante del derecho internacional consuetudinario para determinar la soberanía.

⁸ Esta traducción fue hecha por el autor de este trabajo. Recomiendo mucha precisión en la traducción que se utilice; Algunas traducciones que hacen las aplicaciones más usadas son imprecisas y en ocasiones erróneas, lo que podría conducir a importantes confusiones y consecuencias inconvenientes.

⁹ CIJ, Burkina Faso/République du Mali, Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554.

¹⁰ *Id.* ¶ 148

¹¹ *Id.* ¶ 23.

¹² *Id.* 86.

nía territorial en la era de la descolonización,¹³ consecuentemente los estados emergentes heredan sus límites administrativos previos a la independencia.¹⁴

Ciertamente la CIJ ha profundizado su perspectiva en torno a este principio: “Al independizarse, [el] nuevo Estado adquiere soberanía con la base territorial y los límites que le dejó el [límites administrativos del] poder colonial. . . [El principio de *uti possidetis juris*] se aplica al Estado tal como es [en ese momento de independencia], es decir, a la “fotografía” de la situación territorial entonces existente. El principio de *uti possidetis [juris]* congela el título territorial; detiene el reloj.”¹⁵ Adicionalmente, la regla es intemporal, por ejemplo, en el caso de Burkina Faso, el tribunal no tuvo que investigar si *Uti Possidetis Juris* era una norma vinculante del derecho internacional para el momento de la descolonización, a la CIJ le bastó con que *Uti Possidetis Juris* fuera una regla vinculante del derecho internacional para el momento en el que resolvió la disputa fronteriza.¹⁶

Para la CIJ el *Uti possidetis Juris* es de naturaleza general, lo es la aplicación de ese principio que transforma los límites administrativos coloniales en fronteras internacionales en el sentido pleno del término. Es aplicable tanto para los estados que se formaron en las regiones de América del Sur, entonces dependientes de la Corona española, como para otros estados de distintos continentes, incluida África. Por tanto, el principio *Uti Possidetis Juris* es de carácter general.¹⁷ Ciertamente de este modo enfáticamente lo abordó la CIJ en el caso Burkina:

Sin embargo, el principio [*uti possidetis juris*] no es una regla especial que atañe únicamente a un sistema específico de derecho internacional. Es un principio general, que lógicamente se relaciona con el fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que se produzca.¹⁸

El *Uti Possideti Juris* puede operar, en principio, de dos formas, entre fronteras intra-coloniales o inter-coloniales; efectivamente, el origen de las fronteras de los estados africanos posteriores a la independencia fue variado, se calcula que sólo una cuarta parte de las fronteras de los estados africanos tenía un carácter intra-colonial, la mayoría de las fronteras de los nuevos estados africanos independientes eran inter-coloniales, establecidas a través de tratados celebrados entre diferentes potencias coloniales.¹⁹ El *Uti Possidetis Juris* es aplicable para trazar fronteras entre estados que fueron colonias de diferentes imperios, por ejemplo, entre un estado que hubiese sido colonia de la Gran Bretaña y otro de España como es el caso que analizamos, es decir inter-colonial. Es importante observar que los países africanos que expresaron reclamos territoriales sobre bases diferentes al principio *Uti Possidetis Juris*, tales como derechos étnicos, han perdido gradualmente su posición.²⁰ En Asia, el sistema de fronteras establecido por las potencias coloniales de Gran Bretaña y Francia siguió el sistema occidental en la mayoría de los casos, dejando incólumes las estructuras estatales precolonia-

¹³ Hasani Enver, *Uti Possidetis Juris: From Rome to Kosovo*, The Fletcher Forum of World Affairs 27, no. 2, (2003), 85-97, 85. <http://www.jstor.org/stable/45289241>.

¹⁴ Abraham Bell & Eugene Kontorovich, *Palestine, Uti Possidetis Juris, and the Borders of Israel*, 58 ARIZ. L. REV. 633, 633, (2016),

¹⁵ CIJ, *supra* nota 10, Burkina Faso/République du Mali, CIJ, ¶ 30.

¹⁶ Abraham Bell & Eugene Kontorovich, *supra* nota 15, 644.

¹⁷ CIJ, Burkina Faso/République du Mali, *supra* nota 10, ¶ 23.

¹⁸ *Id.* ¶ 19.

¹⁹ CIJ, Burkina Faso/République du Mali, *supra* nota 10, Separate Opinion of Judge Yusuf, ¶ 14.

²⁰ Hasani Enver, *supra* nota 14, 88.

les.²¹ La aplicación del *Uti Possidetis Juris*, más allá del contexto colonial, también se extendió a las federaciones de la Unión Soviética, Checoslovaquia y Yugoslavia al disolverse; esto fue respaldado por la declaración del 16 de diciembre de 1991 de la Comunidad Europea, ahora, la Unión Europea, que estableció una serie de directrices contentivas de condiciones que debían cumplirse antes de que los nuevos estados pudieran ser reconocido como independientes, y de esta forma las antiguas repúblicas soviéticas lo aceptaron formalmente en 1993, afirmando que el *Uti Possidetis Juris* sería una solución válida a la disputas entre ellos.²² El abogado francés Robert Badinter encabezó la Comisión de Arbitraje creada por la Unión Europea en 1991, la cual declaró que “cualesquiera que sean las circunstancias, salvo acuerdo en contrario de los Estados interesados, el derecho a la libre determinación no debe implicar cambios en las fronteras existentes en el momento de la independencia (*uti possidetis juris*),” y agregó dicha Comisión “salvo acuerdo en contrario, las antiguas fronteras republicanas [las fronteras internas entre Serbia y Croacia y entre Serbia y Bosnia-Herzegovina] se convierten en fronteras internacionales protegidas por el derecho internacional”; luego, el principio *Uti Possidetis Juris* sirvió de base para la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU que designó los Acuerdos de Paz de Rambouillet como plataforma para la solución final de la cuestión de Kosovo.²³

1. Artículo III del Tratado de Washington.

En nuestro criterio el artículo III del Tratado de Washington instauró como regla para determinar las fronteras entre Venezuela y la colonia de Gran Bretaña el *Uti Possidetis Juris* inter-colonial. Según la norma referida, el Tribunal arbitral debía determinar el territorio colonial que le fue acordado a Gran Bretaña por Holanda en el Tratado de Londres del 13 de agosto de 1814, es decir, el que correspondió consiguientemente a su colonia Guayana Británica antes Guyana Holandesa. Al mismo tiempo, consecuente y compatible con dicha determinación, aplicando la misma regla, a Venezuela le correspondería como territorio el que había sido de España al momento de su independencia en 1810. Esto es, la frontera que debía determinarse, según ese artículo III, era de naturaleza inter-colonial, aquella que existía entre los territorios coloniales de Holanda y la colonia española Capitanía General de Venezuela hasta 1810 al momento de la independencia de Venezuela, momento a partir del cual esa misma frontera paso a serlo entre la misma Guyana Holandesa y Venezuela, es decir, en esa relación fronteriza Venezuela sustituyó a España. Luego, al adquirir Gran Bretaña territorio de Holanda paso a ser su Guyana Británica en 1814, la misma frontera antes mencionada paso a serlo entre la Guyana Británica y Venezuela. A su vez, esa misma frontera pasó a serlo entre Guyana y Venezuela al sustituir en 1966, en esa relación fronteriza, la soberanía independiente de Guyana a la Guyana Británica. Esa línea fronteriza se conservó y se reprodujo sin alteraciones jurídicas en 1966 al independizarse Guyana de Gran Bretaña. El Tribunal arbitral debió, a partir de la extensión de los territorios coloniales, siguiendo la regla, precisar las sucesiones territoriales coloniales mencionadas por el artículo III del Tratado de Washington, lo que incluía los territorios de Berbice, Demerara y Esequibo situados al este de río Esequibo acordados por Holanda a Gran Bretaña mediante el Tratado de Londres del 13 de agosto de 1814.²⁴ Esos mismos territorios, casi dos siglos antes, España los había convenido a Holanda en el Tratado de Münster del 24 de octubre de 1648, uno de los dos tratados de la Paz de Westfalia.²⁵ La sucesión territorial referida por el artículo III del Tratado de Washing-

²¹ *Id.* 89.

²² *Id.* 91-92.

²³ *Id.* 92-94.

²⁴ Brewer Carías, *supra* nota 6, p. 138.

²⁵ Badell, *supra* nota 7, 57.

ton involucro a España y Holanda y asignó a los árbitros la obligación de determinar el territorio que correspondió a Gran Bretaña al momento de la adquisición de la Guayana Holandesa que paso a ser Británica, imponiendo seguidamente esa misma norma, el subsecuente deber, a partir de la determinación territorial antes referida, de establecer la línea fronteriza entre la “Guayana Británica y los Estados Unidos de Venezuela.” Ese modelo, en esencia, responde a aplicación del *Uti Possideti Juris* a una situación de frontera inter-colonial, esto es, se adapta el principio a esa circunstancia, es decir, su diseño para la delimitación fronteriza recurre a las líneas administrativas de demarcación inter-coloniales más que a las estrictamente intra-coloniales, se adapta de ese modo a la determinación de derechos fronterizos en los que estuvieron involucradas metrópolis coloniales distintas, en nuestro caso Holanda, Gran Bretaña, y España.

De acuerdo con el prominente académico venezolano Brewer Carías, la Provincia de Guayana fue establecida en 1568 en la Capitulación dada a Gonzalo Jiménez de Quesada, comprendiendo desde el Orinoco hasta el Amazonas, llegando su territorio hasta el río Esequibo.²⁶ España reconoció la independencia de los Países Bajos (Holanda) el 30 de Enero de 1648 en el Tratado de Münster, y por lo que se refería a las posesiones territoriales al norte de la América del Sur, se estableció que el río Esequibo era la frontera inter-colonial, es decir, entre las posesiones de España y Holanda, y esta última retuvo algunos asentamientos al este del río Esequibo en los ríos Demerara y Berbice, y en la unión del río Mazaruni y el río Cuní antes de la desembocadura en el río Esequibo en la isla de Kyk-Over-Al.²⁷

Consecuentemente, el territorio al oeste del Esequibo quedó bajo la soberanía de España que al haber reconocido los asentamientos holandeses conservo su soberanía sobre el resto del territorio Esequibo.²⁸ Luego, el 13 de agosto de 1814, Holanda cedió a Gran Bretaña los establecimientos o asentamientos Demerara, Esequibo y Berbice, confirmándose el río Esequibo como frontera entre Venezuela y la nueva colonia Guyana Británica.²⁹

Esa frontera, quedó plasmada en el mapa inicial elaborado por Robert Herman Schomburgk en 1835 en su expedición iniciada en 1834, y los asentamientos transferidos por Holanda a Gran Bretaña se limitaron a reducidas extensiones en los márgenes de los ríos Demerara, Berbice y Esequibo, que en 1831 Gran Bretaña consolidó con el nombre de “British Guiana” como detalló el Informe de la expedición de Schomburgk de 1834.³⁰ Un estudio publicado por la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas nos advierte sobre el Sr. Schomburgk:

En 1835, el explorador prusiano Robert Hermann Schomburgk, fue comisionado por el Gobierno inglés para que efectuara un reconocimiento de la zona y demarcara de forma unilateral los límites de la Guayana inglesa con Venezuela, estimuló la apetencia británica sobre este espacio, y estableció una línea primera línea que nos usurpaba el territorio en 4.920 km².

²⁶ Brewer-Carías, *supra* nota 6, p.72. En Brewer: Sobre esos asentamientos Capuchinos y su significación como signo de ocupación territorial, es importante la argumentación de Severo Mallet Prevost, Cita de British Guyana Venezuelan Boundary, Arbitration Between the Government of her Britannic Majesty and the United States of Venezuela, Proceedings. Volume 6. Speeches of S. Mallet Prevost for Venezuela (August 1899), Paris, Typography Chamero et Renouard, 1899, p. 1548 ss, p. 72.

²⁷ *Id.* 148

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* 150

³⁰ *Id.* 151-152

En 1840, la segunda línea Schomburgk fue tan prolongada que llegaba hasta la desembocadura del río Orinoco, con una extensión de 141.939 km². Entre 1887 hasta 1897 se presenta la máxima aspiración inglesa incluyendo aproximadamente 203.310 km² de superficie venezolana.³¹

Los asentamientos de Demerara, Berbice y Esequibo que fueron cedidos por Holanda a Gran Bretaña en 1814 estaban conformados por un espacio geográfico de no más de 32.186 kilómetros cuadrados, territorios estos que a su vez Holanda había adquirido de España mediante el Tratado de Münster. Esos establecimientos nunca fueron más allá de la margen oriental del río Esequibo, no obstante, el Laudo de París de 1899 adjudicó sin explicación ni motivación alguna a Gran Bretaña 159.500 kilómetros cuadrados.³²

De este modo, la frontera descrita en sí misma no ha variado, los sujetos que han ejercido soberanía en los territorios por esa frontera delimitados han variado. Esa misma frontera lo ha sido entre monarquías, entre colonias y monarquías, y entre estados independientes, su configuración no ha variado sustancialmente ni se alteró en 1810, ni en 1814, como tampoco en 1966 al independizarse Guyana de Gran Bretaña. Esta estructura limítrofe no se ha alterado debido a que los títulos jurídicos que la soportan no han sido sustancialmente modificados, tanto es así que las partes lo reconocieron al acordar el artículo III del Tratado de Washington. En efecto, esa norma previó las sucesivas etapas y actores que han estado vinculados a los territorios controvertidos, es decir, la norma remitió a esa misma estructura e historia limítrofe que definitivamente se sustenta en el sistema de frontera administrativas coloniales para los nuevos estados independizados. De esa herramienta de derecho internacional, sin alteración o desviación alguna, debe surgir ahora la solución jurídica definitiva a la controversia. La sucesión territorial que ordena aplicar el artículo III del Tratado del Washington determinaría los títulos territoriales que fueron transmitidos por Gran Bretaña a Guyana, y al instrumentar para la España colonial ese mismo mecanismo convencional de ese mismo artículo III del Tratado correspondiente al *Uti Possidetis Juris* para Gran Bretaña, se determinarían los derechos de Venezuela, los cuales deberían resultar compatibles, fronterizamente considerados, con los que fueron de Gran Bretaña y hoy de Guyana. Este sería el modo en concreto de concebir la aplicación del *Uti Possidetis Juris* a fronteras de origen intercolonial.

2. Vigencia de Principios de Derecho Internacional. Preeminencia del Principio *Uti Possidetis Juris* sobre la prescripción y otras modalidades de Ocupación

El primer párrafo del artículo IV del Tratado de Washington excluye la aplicación de los principios de derecho internacional que sean inconsistentes con las reglas que ese mismo artículo dispone en sus literales (a), (b) y (c), y ese literal (b) del mismo modo precluye la aplicación de esos mismos principios cuando contravengan la regla del literal (a) correspondiente a la tenencia adversa o prescripción. Ese literal (a) de la norma contenida en el artículo IV del Tratado de Washington entiende, de acuerdo con su redacción, que la tenencia adversa o la prescripción la determinarían los árbitros por encontrar control político exclusivo y su asentamiento real por 50 años, lo que constituiría la posesión adversa causante de la validez de la prescripción. Es decir, la posesión adversa surgiría de ese control político exclusivo y su asentamiento real y de ello la prescripción como título. El literal (b) reconoce cualesquiera otros derechos internacionales o sus principios que no estén en contravención con el literal (a). Entre los derechos internacionales y principios excluidos de su aplicación, no podría estar

³¹ Claudio Briceño Monzón, *La Guayana Esequiba. Frontera oriental de Venezuela*, en: Manuel Donís Ríos (compilador), *El Reclamo Esequibo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021, p. 17

³² Manuel Donís Ríos (compilador), *El Reclamo Esequibo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021, p. 7.

ni está el *Uti Possidetis Juris* porque lo prescribe el propio artículo III de ese mismo Tratado de Washington como regulación marco y fundamental. Es decir, no puede el Tratado prescribir la aplicación de ese *Uti possidetis Juris* y al mismo tiempo excluirlo íntegramente.

Respecto a la derogatoria de algunos principios de derecho internacional referida por el Tratado de Washington en nuestro caso debemos recordar que no todo principio admite su desaplicación por efecto de pactos en contrario asumidos en convenios, por ejemplo, así ocurre con respecto a los categorizados como *Jus Congens* o normas perentorias.³³ En torno a ese asunto, hemos de tener presente que cualquier análisis y aplicación de las reglas referidas en cualquier tratado internacional debe basarse y derivarse de nociones que el derecho internacional ha ido desarrollando. Efectivamente, las categorías jurídicas envueltas en este caso como como el *Uti Possidetis Juris*, la tenencia adversa, la prescripción, el control político exclusivo, asentamiento real, la ocupación o posesión, para nombrar algunas, han sido abordadas por el derecho internacional, definiéndolas, demarcando sus alcances, sus requisitos, sus efectos, y en general permitiendo su comprensión y operatividad. La inderogabilidad del principio *Uti Possidetis Juris* también ha sido considerada por la CIJ, señaladamente en los términos de su decisión en el caso Benin v. Niger del 2005;³⁴ en laudos arbitrales, y en resoluciones de las Naciones Unidas, como la Resolución 16 de la Reunión de jefes de Estado y de Gobierno de 1964 Organización de la Unidad Africana.³⁵ Claro está, por convenio podría alterarse el *Uti Possidetis Juris* como lo señala la CIJ al confirmar su inderogabilidad del siguiente modo:

En cualquier caso, dado que el efecto del principio *uti possidetis* es congelar el título territorial, el examen de los documentos posteriores a la independencia no puede dar lugar a ninguna modificación de la 'fotografía del territorio' en la fecha crítica a menos que, por supuesto, tales documentos expresen claramente el acuerdo de las Partes a tal cambio.³⁶

En nuestra opinión el Tratado de Washington, lejos de implicar pacto en contrario contra el *Uti Possidetis Juris* inter-colonial, su artículo III confirmó su vigencia para el caso del diferendo territorial entre Venezuela y Guyana al hacer expresa referencia a las sucesiones territoriales inter-coloniales como método para la demarcación limítrofe que debió hacer el Tribunal Arbitral.

En algún aspecto similar al Tratado de Washington, en el importantísimo precedente judicial internacional para Venezuela de la CIJ en el caso Namibia v. Botswana,³⁷ también se había suscrito un tratado, el Tratado entre Gran Bretaña y Alemania: "Respetando los Derechos a sus Esferas de Influencia en África del 1 de Julio de 1890". En el proceso ante la CIJ, Botswana, independizada en 1966 de Gran Bretaña, alegó que el convenio Anglo-Alemán de 1890 debía ser la regla exclusiva y así excluyente para resolver el diferendo territorial, argu-

³³ Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 577, (2006). *Jus Congens*: "Peremptory Norms [Jus Congens] in International Law. as a concept embodying the community interest and reinforced by its link with public morality [existing] in modern international law as a matter of necessity" p. 577

³⁴ CIJ, Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 90 ¶ 23. "Las normas y principios de derecho internacional aplicables a la presente controversia incluyen los principios de sucesión de Estados los límites heredados de la colonización, es decir, la intangibilidad de esos límites."

³⁵ Sikander Ahmed Shah, *River Boundary Delimitation and the Resolution of the Sir Creek Dispute between Pakistan and India*, 34 Vt. L. Rev. 357, 398. Este autor es académico investigador en el Michigan Grotius Fellow en la escuela de leyes de la Universidad de Michigan y Ann Arbor 20

³⁶ CIJ, Burkina Faso/ Republic of Mali, supra nota 10, ¶ 29

³⁷ CIJ, KasikililSedudu Island (Botsic-analNamihia.), Judgment, I. C.J. Report. ~1999, p. 1045, 1049.

mentó que solo debía interpretarse y aplicarse ese mismo Tratado, por lo cual no podía Namibia alegar la prescripción de modo alternativo o subsidiario ya que no estaba previsto en el tratado; la CIJ no estuvo de acuerdo con Botswana y decidió:

En opinión de la Corte, el Acuerdo Especial [tratado Anglo-Alemán] al referirse a las “reglas y principios del derecho internacional”, no solo autoriza a la Corte a interpretar el Tratado de 1890 a la luz de esas reglas y principios, *sino también a aplicar esas reglas y principios de manera independiente. Por lo tanto, la Corte considera que el Acuerdo Especial no impide que la Corte examine los argumentos relacionados con la prescripción presentados por Namibia.*³⁸ (resaltado nuestro)

La CIJ en el caso de Namibia luego de revisar los requisitos que debían requerirse para que se constituyera la prescripción adquisitiva alegada la negó.³⁹

Las categorías tenencia adversa, prescripción, control político exclusivo, asentamiento real, ocupación y posesión adversa fueron mencionadas por el Tratado de Washington en el primer párrafo de su artículo IV y en sus literales (a), (b), y (c). Sin embargo, esas categorías para nuestro caso no precluyen, no contradicen, ni hacen inaplicable el *Uti Possidetis Juris* para constituir el título jurídico tanto de la sucesora de Gran Bretaña, como el perteneciente a Venezuela. Efectivamente, este principio inter-colonial fue incorporado al Tratado como norma marco y fundamental, lo que la hace de aplicación principal. Las categorías y modalidades de ocupación que podrían potencialmente constituir títulos adquisitivos para el derecho internacional solo podrían aplicarse en nuestro caso, si la regla principal que instaura el *Uti Possidetis Juris* resultase dudoso o inexistente o si Venezuela hubiese pactado convencionalmente otros límites, o hubiese sido aquiescente ante alguna forma de ocupación de su contra-parte en este caso. Todas esas figuras son parte del género ocupación, de esa forma, respecto a la noción “tenencia adversa y prescripción” en el derecho internacional es infrecuente el término “adverse holding”, en español “tenencia o posesión adversa,” sin embargo, en las aproximaciones que se consiguen a esa categoría se la identifica como la forma de adquirir por prescripción;⁴⁰ en efecto la CIJ al referirse al termino *effectivités* dijo en el caso Burkina:

[...] el único papel de la *effectivité* es confirmar el ejercicio del derecho derivado de un título legal. Cuando el acto no corresponda a la ley, cuando el territorio objeto de la controversia esté efectivamente administrado por un Estado distinto del que posee el título legal, se deberá dar preferencia al titular del título.⁴¹

En relación con la noción de posesión en el caso arbitral Chamizal relacionado con un reclamo de los EE.UU. sobre unas vías en disputa que se encontraban en la frontera con México sobre la base de la prescripción se definió como una posesión sin perturbaciones.⁴²

Es claro que para poder acceder al significado y alcance jurídico de los conceptos y categorías del derecho internacional se debe acudir a sus fuentes, esto es, a las interpretaciones vinculantes que se han emitido sobre diversos tratados internacionales incluidas las provenientes de cortes internacionales, de sus doctrinas, de la costumbre internacional, de la

³⁸ CIJ, Kasikilil Sedudu Island (Botswana vs Namibia), Judgment, I. C.J. Report. ~1999, p. 1045, ¶ 93

³⁹ *Id.* ¶ 97.

⁴⁰ Yehuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law* 100 (1965) (quoting D.H.N. Johnson, *Acquisitive Prescription in International Law*, 27 BRIT. Y.B. INT'L L. 332, 345 (1950). Prescriptive rights [to territory] are acquired solely by adverse holding. 54. See BLUM, *supra* note 47, at 14–15, 51

⁴¹ CIJ, Burkina Faso/République du Mali, *supra* nota 10, ¶ 63.

⁴² The Chamizal Case (Mexico, United States) 15 June 1911 VOLUME XI pp. 309-347, arbitral award, 1911, accessible: https://www.internationalwaterlaw.org/cases/Chamizal_Arbitration.pdf

consideración expuesta por los organismos internacionales, y de ese modo acceder a las definiciones y el alcance de esas nociones. De esta forma, al considerar estructuralmente la estricta redacción de las normas sobre el derecho aplicable según el Tratado de Washington, junto a las circunstancias, hechos e historia de nuestro caso, vemos como el *Uti Possidetis Juris* no es inconsistente ni contraviene “otros principios de derecho internacional” ni “otro fundamento válido de acuerdo con el derecho internacional” que conduzcan a su inaplicación por efecto del primer párrafo del artículo IV del Tratado de Washington y de su literal (b). El *Uti Possidetis Juris*, es decir el artículo III de Tratado no es derogable por la aplicación de alguna de las diversas modalidades de ocupación, esa norma contiene una regla concebida como superior y de aplicación preferente a la ocupación.⁴³ De esta manera, resulta de suma importancia destacar que para la CIJ, en el término genitivo Juris del principio se encuentra la preeminencia otorgada a ese título legal sobre la posesión efectiva como base de la soberanía; es decir, ese título legal, el de *Uti Possidetis Juris*, subsiste y es de aplicación preminente a la posesión u ocupación para determinar a qué Estado corresponde la soberanía de un determinado territorio. En efecto, así lo estableció la CIJ expresamente en su caso líder sobre el tema del *Uti Possidetis Juris*, en *Burkina Faso v. République du Mali* en los términos siguientes:

El primer aspecto, enfatizado por el latín genitivo juris, se encuentra en la preeminencia otorgada al título legal [*Uti Possidetis Juris*] sobre la posesión efectiva como base de la soberanía⁴⁴.

La CIJ confirmó rotundamente este mismo criterio en el caso *Benin v. Níger* en el 2005, en el que decidió:

Esta Corte señaló que, de acuerdo con el principio en cuestión “se le acordó preeminencia al título jurídico sobre la posesión efectiva como base de la soberanía” y su esencia en su fin primordial de asegurar el respeto a las antiguas fronteras territoriales para momento en que se logró la independencia, incluidas las antiguas delimitaciones administrativas establecidas durante el período colonial que se convirtieron en fronteras internacionales.⁴⁵

La cláusula IV de ese mismo Tratado de Washington al hacer referencia, a la “tenencia adversa o la prescripción” no se estaba estatuyendo la preclusión y exclusión del su propio artículo III, esto es, del principio *Uti Possidetis Juris*. Por el contrario, esas formulas relacionadas con la ocupación son de aplicación alternativa, es decir, solo se aplicarían si resultase inaplicable por vía principal el *Uti Possidetis Juri* por dudoso o ausente, o si se hubiesen pactado convencionalmente límites distintos a los que surgen de aplicar el *Uti Possidetis Juris*, o si se hubiese sido aquiescente con una forma de ocupación. Esas categorías mencionadas en el Tratado solo tendrían interés jurídico ante la imposibilidad de aplicar ese *Uti possidetis Juris*, de este modo lo ha interpretado la CIJ:

En estas circunstancias, no es necesario buscar ninguna efectivités para aplicar el principio *uti possidetis*, ya que las efectivités sólo pueden tener interés en un caso para completar o reparar títulos jurídicos dudosos o ausentes, pero nunca pueden prevalecer sobre títulos con los que están en desacuerdo.⁴⁶

En cuanto la superioridad del *Uti Possidetis Juris* sobre la posesión u ocupación también un destacado académico, refiriéndose a las diferencias entre la posesión para el derecho romano y el principio del derecho internacional, sostuvo que la versión romana pre-

⁴³ Brian Taylor Sumner, *Territorial Disputes at the International Court of Justice*, Duke Law Journal, Vol. 53:1779, 1790, 2004.

⁴⁴ CIJ, *Burkina Faso/République du Mali*, *supra* nota 10, ¶ 23.

⁴⁵ CIJ, *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 90 ¶ 23

⁴⁶ *Id.* ¶ 141.

miaba la posesión real con derecho legal y la atribuible al derecho internacional ignora la posesión real y reconoce el título sobre la base de líneas administrativas coloniales.⁴⁷

Como es conocido, la CIJ aplica a las disputas o conflicto territoriales un sistema jerárquicamente tripartito de reglas de la forma siguiente, primero los tratados internacionales, luego el *uti possidetis* y finalmente el control efectivo, siempre bajo el paraguas del derecho internacional como se observará de seguida.

En atención a la tripartita jerarquía antes referida, para nuestro caso, ha de aplicarse el tratado de Washington, el cual, a su vez como se ha visto remite a la aplicación del *Uti Possidetis Juris* inter-colonial en su Artículo III. Efectivamente, por tratado internacional se convino el *Uti Possidetis Juris* de modo que la primera y segunda regla aplicable en el derecho internacional conducen en nuestro caso coincidentemente a la aplicación del *Uti possidetis Juris* inter-colonial. La tercera regla en la jerarquía, el “control efectivo” se emplearía si se configurase la inoperatividad o disfuncionalidad del *Uti Possidetis Juri* por dudoso o ausente, es decir, únicamente cuando no resulte suficiente en sí mismo ese principio para constituir título jurídico como lo ha dicho la CIJ.⁴⁸ El *Uti Possidetis Juris* del artículo III del Tratado para nuestro caso resulta no solo perfectamente operativo, también estatutaria y convencionalmente aplicable. En efecto, el Tratado de Washington incluyó en ese artículo III como regla marco y fundamental al *Uti Possidetis Juris*, lo que, a su vez, como también se ha visto, por perfectamente operativo en nuestro caso, hace precluir la posibilidad de aplicar cualquier otra fórmula que pudiese potencial y alternativamente ser fuente de títulos jurídicos en desacuerdo con ese *Uti Possidetis Juri*, es decir, con ese artículo III del Tratado.

En consecuencia, frente a la jurídica aplicabilidad del *Uti Possidetis Juris*, y en atención al propio Tratado, ninguna de las modalidades de ocupación que ha abordado el derecho internacional podría, en nuestro caso, tener efectos preclusivos sobre títulos legalmente basados en ese principio *Uti Possidetis Juris* o por decirlo de otro modo basados en el artículo III del Tratado de Washington.

Para nuestro caso, insistimos, esas modalidades en torno a la ocupación son alternativas al artículo III del Tratado; es decir, la alternativa aplicación de las modalidades de ocupación en lugar del artículo III del Tratado que dispuso el *Uti Possidetis Juris*, responde a una posibilidad jurídica prevista por el derecho internacional y por el propio Tratado. En efecto, la modalidad de la ocupación solo operaría, si de la aplicación del artículo III del Tratado no surgiese con claridad la determinación fronteriza territorial a la que se refiere el convenio, o si hubiese sido modificado el Título correspondiente por efecto de algún convenio o por la aquiescencia del estado al que afecta adversamente la ocupación en cuestión. Esto es, debido a esas circunstancias se acudiría a las modalidades de ocupación que también el Tratado estimó para completar o reparar títulos jurídicos dudosos o ausentes, de ser el caso, modalidades estas que nunca podrían prevalecer sobre títulos con los que se está en desacuerdo tal cual ha dicho enfáticamente la CIJ.⁴⁹

Cuando el Tratado acordó que no se aplicarían aquellos principios que estuviesen en contravención o fuesen inconsistentes con las reglas que estaba disponiendo el propio Tratado, claramente no se estaba refiriendo a inconsistencia o contravención con el *Uti Possidetis Juris* o el artículo III del Tratado, ya que el propio tratado lo estaba incorporando como parte de las reglas a mantener. El artículo III del Tratado era una de las reglas que no podía dejar de aplicarse y no puede dejar de aplicarse por inconsistencia o contravención a algún princi-

⁴⁷ Abraham Bell & Eugene Kontorovich, *supra* nota 15, 640.

⁴⁸ CIJ, Benin/Niger, *supra* nota 46.

⁴⁹ CIJ, Benin/Niger, *supra* nota 47.

pio de derecho internacional. En otras palabras, y para quienes no aceptan que el *Uti possidetis Juris* está previsto en el Tratado de Washington, sí las partes hubiesen querido excluir la aplicación del señalado artículo III para que privara sobre él alguna forma de ocupación que se alegase, el mismo tratado no hubiese incorporado ese artículo III. Al haber dicho que la aplicación de las reglas que estableció no podía excluirse ante alguna inconsistencia o contravención a principios, estaba incluyendo como regla no susceptible de exclusión a ese artículo III del Tratado que ordenó atender normativamente a la sucesión territorial intercolonial. Ciertamente, si las partes del Tratado de Washington hubiesen querido hacer prevalecer la ocupación sobre la fórmula que contiene su artículo III no lo hubiesen incorporado a ese mismo Tratado, y hubiesen solo prescrito su artículo IV y probablemente una expresión clara que excluyera la aplicación íntegra de la modalidad que contiene ese mismo artículo III.

También es importante observar que el literal (b) de ese artículo IV del Tratado otorga discreción, dice “podrán” a los árbitros valorar el “control político exclusivo” como suficiente para constituir la posesión adversa y así la prescripción; claro, como se ha explicado, solo podría operar la discrecionalidad para apreciar una duda suficiente o la ausencia del título proveniente del *Uti Possidetis Juris*, ello explicaría el término “podrán”.

El caso Nicaragua v. Colombia decidido por a CIJ en el 2012 es un buen ejemplo del derecho internacional fronterizo en el que se dejó de aplicar el *Uti possidetis Juris* por falta de claridad probatoria de las fuentes coloniales para determinar los respectivos territorios, en efecto dijo la CIJ:

A la luz de lo anterior, la Corte concluye que en el presente caso el principio de *uti possidetis juris* brinda una asistencia inadecuada para determinar la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en disputa entre Nicaragua y Colombia porque nada indica claramente si estos accidentes fueron atribuidos a las provincias coloniales de Nicaragua o de Colombia antes o después de la independencia. En consecuencia, la Corte determina que ni Nicaragua ni Colombia han establecido que tenían título sobre las formaciones marítimas en disputa en virtud de *uti possidetis juris*.⁵⁰

Adicionalmente, no podía Gran Bretaña ni su sucesora, sin aceptar el incumplimiento a una obligación internacional a la que se había comprometido, alegar la ocupación como título, efectivamente en 1850, años antes de haber suscrito el Tratado de Washington en 1897, el Encargado de Negocios de Gran Bretaña en Caracas Belford Hinton Wilson el 18 de noviembre de 1850 y el ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela Vicente Lecuna el 20 de diciembre de 1850, luego de publicado el Informe de Schomburgk Reisen in Guiana und am Orinoko, Leipzig, 1841, comprometieron a ambos países a no ocupar ni usurpar el territorio en disputa al oeste del río Esequibo.⁵¹

La alternativa que ejemplificamos con el caso Nicaragua v. Colombia, hay que observarla con mucho detalle y cuidadosamente, alguien podría alegar la imposibilidad de aplicar el principio a nuestro caso, sí, por ejemplo, el resultado desde la perspectiva probatoria de Guyana fuese inconsistente con el resultado probatorio que la misma aplicación arrojase para Venezuela. Es decir, si una misma porción del territorio resultase, a partir del *Uti Possideti Juris*, como contradictoriamente incorporable a ambas partes del Tratado de Washington. Quienes buscasen la desaplicación del *Uti Possideti Juris* alegarían que tal solapamiento de derechos territoriales ocurre debido a los distintos momentos históricos a tomar en cuenta, es decir, los distintos momentos en los que ocurrió la independencia de cada una de las naciones involucradas, en el caso de Guyana en 1966 y en el de Venezuela en 1810. Observemos con

⁵⁰ CIJ, Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624, ¶ 65

⁵¹ Brewer Carías, *supra* nota 6, p. 136.

detalle que de acuerdo con la letra del artículo III del Tratado de Washington, el mecanismo a seguir para la determinación fronteriza debía precisar el territorio que resultó para Gran Bretaña en 1814 y basado en esa determinación resultaría para aquel momento la frontera entre Gran Bretaña y Venezuela, luego la línea fronteriza entre Venezuela y Guyana, al independizarse esta última, debía ser la misma a la anteriormente referida. En consecuencia, aun privilegiando el resultado del *Uti Possidetis Juris* aplicado a Guyana para el momento de su independencia, resultaría una demarcación territorial compatible y conforme con los títulos jurídicos de Venezuela. Esta última posibilidad no parece en sí misma y por sí sola contradecir a los intereses de Venezuela ya que el territorio de la que fue Guyana Británica y su frontera con Venezuela para 1966 han sido determinados con precisión probatoria atendiendo al *Uti Possidetis Juris*. Así lo sostiene la erudita obra de Seijas Fernando Rafael, publicada en 1888, titulada “Derecho Internacional Venezolano los Limites Británicos de Guyana” al constatar:

En cuanto a la Gran Bretaña, ella deriva su título de los Países Bajos, según el convenio firmado en Londres el 13 de agosto de 1814, en cuyo artículo 1 se lee ‘S. M. B. se obliga a restituir al Príncipe Soberano de las Provincias Unidas de los Países Bajos, dentro del Plazo que se fijara aquí más adelante, las colonias, factorías y establecimientos de que Holanda estaba en posesión al principio de la última guerra, esto es, en 1 de Enero de 1803, en los mares y continentes de América, de África y de Asia, con excepción del Cabo de Buena Esperanza y de los Establecimientos de Demerara, Essequibo, and Berbice’⁵²

Esos establecimientos que quedaron en manos de Gran Bretaña, mencionados por Seijas y la convención de 1814, son los mismos que luego fueron los transmitidos a Guyana al momento de su independencia de Gran Bretaña en 1966. En 1835, de igual forma lo confirma la Royal Geographical Society de Londres con el apoyo de la Colonial Office por intermedio del geógrafo y naturalista Robert Hermann Schomburgk quien trazó la primera línea de demarcación fronteriza entre Venezuela y Guayana Británica por encargo del gobierno británico, en este trazado se fijó la frontera en el río Esequibo.⁵³

III. LA AQUIESCENCIA. REQUISITO NECESARIO PARA LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Para la CIJ la aquiescencia es requisito indispensable para que opere la adquisición legítima por medio de alguna de las modalidades de la ocupación como la que podría surgir de la posesión adversa o prescripción en el derecho internacional. Esto es, se requiere para que la ocupación genere título la aquiescencia del estado adverso o desfavorecido por dicha pretensión. Para la CIJ la prescripción solo se constituye si se produce esa aquiescencia del estado adverso incluso aun siendo tácita, de hecho, o por implicación, en 1960 así lo afirmó:

La autoridad exclusiva de los portugueses sobre los pueblos nunca fue cuestionada. Así, la soberanía portuguesa sobre las aldeas fue reconocida por los británicos de hecho y por implicación y posteriormente fue reconocida tácitamente por la India.⁵⁴

Posteriormente la CIJ el 13 de diciembre de 1999 en el caso Namibia v. Botswana,⁵⁵ al negar la prescripción por no haber ocurrido la aquiescencia decidió:

⁵² Seijas Rafael Fernando, *El Derecho Internacional Venezolano, Limites Británicos de Guyana*, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional Caracas, 1888, accesible: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiuo.ark:/13960/t24b6kx1x&view=1up&seq=5>

Ver Convention between Great Britain and the United Netherlands; signed at London, 13th August, 1814. Accesible: <https://hansard.parliament.uk/Commons/1815-06-09/debates/0e7491ad-421f-4e13-9843-e5a4e4591f6c/ConventionBetweenGreatBritainAndTheNetherlands>

⁵³ Badell, *supra* nota 7, 65.

⁵⁴ CIJ, Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, ¶ 39.

La Corte infiere de esto, primero, que para Bechuanalandia, las actividades de los masubia en la isla eran una cuestión independiente del título de propiedad de la isla y, segundo, que, ***tan pronto como Sudáfrica reclamó oficialmente el título, Bechuanalandia [Botswana sucesora de Gran Bretaña] no aceptó esa pretensión, lo cual impidió la aquiescencia de su parte.***⁵⁶ (destacado del autor)

En nuestra opinión, si en el juicio ante la CIJ Guyana alegase adquirió por tenencia adversa o prescripción, estaría con ello diciendo que adquirió contra un título preexistente para Venezuela, es decir, contra el título venezolano que habría surgido del *Uti Possidetis Juris*. Para que ese alegato de Guyana pudiese prosperar sería indispensable, de acuerdo con el derecho internacional vigente, se hubiese constituido la aquiescencia de Venezuela con esa ocupación de Guyana sobre el territorio disputado, lo que no ocurrió. El Tratado de Washington estableció a las modalidades tenencia adversa, prescripción, control político exclusivo, asentamiento real, ocupación y posesión adversa, como potencialmente constitutivas de buen título, lo que solo podría ocurrir contra algún título preexistente para Venezuela, es decir, contra el cual la ocupación precluyera. La ocupación sin aquiescencia no constituye título que opere contra el que acuerda el *Uti Possidetis Juris*, de esta forma lo juzgo claramente la CIJ:

Cuando el acto no corresponda a la ley, cuando el territorio objeto de la controversia esté efectivamente administrado por un Estado distinto del que posee el título legal, se deberá dar preferencia al titular del título.⁵⁷

Aun asumiendo, hipotéticamente, que el Tratado no hubiese establecido e incluso que hubiese proscrito expresamente la aplicación del *Uti Possidetis Juris* y excluido la aplicación preferente del su artículo III, las categorías sobre la ocupación mencionadas por el Tratado de Washington en el primer párrafo de su artículo IV y en sus literales (a), (b), y (c), tampoco podrían conducir a título adverso contra Venezuela. Efectivamente, es constante y pacífica la doctrina y la jurisprudencia de la CIJ en requerir para que la ocupación genere título la aquiescencia del estado adverso o desfavorecido por dicha pretensión. Como vemos, crucial para los argumentos contra la prescripción es que Venezuela nunca fue ni ha sido silente ante las pretensiones de Gran Bretaña ni de Guyana sobre el territorio en disputa, jamás aceptó, ni toleró pasivamente, ni guardó silencio, ni asintió, ni acepto implícita ni tácitamente, ni de hecho, ni por implicación, ni mucho menos expresamente las pretensiones territoriales de Gran Bretaña ni de su sucesora Guyana. Venezuela ha formulado consecutiva y constantemente protestas, notas diplomáticas de reclamos, emitido actos oficiales de oposición a lo largo de la historia de las pretensiones de Gran Bretaña y de Guyana en el territorio Esequibo. El desacuerdo venezolano ha continuado siendo expreso y formal, incluso, con énfasis aun luego del Laudo de París de 1899, así lo demuestra más allá de cualquier duda, entre muchas otras incontrovertibles pruebas, el que Venezuela hubiese firmado el Acuerdo de Ginebra en 1966, evidencia del continuado rechazo de Venezuela a las pretensiones de Gran Bretaña y Guyana como lo destaca su artículo 1 al disponer:

Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de **la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e irritado.**⁵⁸ (destacado nuestro)

⁵⁵ CIJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I. C.J. Report. ~1999, p. 1045.

⁵⁶ CIJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I. C.J. Report. ~1999, ¶ 98

⁵⁷ CIJ, *Burkina Faso/République du Mali*, supra nota 10, ¶ 63

⁵⁸ United Nations - Treaty Series, 1966, No. 8192. Acuerdo para Resolver la Controversia entre Venezuela y El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda Del Norte sobre la Frontera Entre Venezuela y Guayana Británica, p. 322.

Con respecto a la preclusión o prescripción, y refiriéndose a la aquiescencia, la lección del gran maestro del derecho internacional del siglo XX, Sir Hersch Lauterpacht nos enseña:

La ausencia de protesta en el pasado puede aducirse no sólo como mostrando que, a juicio del propio Estado querellante, el acto que ahora se está haciendo objeto de impugnación no era incompatible con ley internacional. La ausencia de protesta puede, además, por sí misma convertirse en una fuente de derecho legal en la medida en que se relacione con o forma un elemento constitutivo de preclusión o prescripción.⁵⁹

Los permanentes y consecutivos actos de protesta y desacuerdos de Venezuela, contra las pretensiones territoriales de Gran Bretaña y posteriormente de Guyana sobre la zona en reclamación del Esequibo, demuestran su incompatibilidad, parafraseando a Sir Lauterpacht, con la ley internacional. En consecuencia, las consecutivas protestas de Venezuela impidieron que la ocupación alegada por Gran Bretaña y ahora por Guyana se constituyera en “fuente de derecho legal”, por lo cual, esa supuesta ocupación o posesión adversa no ha sido “constitutiva de preclusión o prescripción” alguna.

Uno de los autores más destacados en el campo del derecho internacional contemporáneo en esta área, el profesor Randall Lesaffer de la Universidad de Lovaina, ha investigado y publicado un prominente trabajo sobre la ocupación y prescripción adquisitiva en el derecho internacional titulado “Argumentos de derecho romano en el actual derecho internacional: ocupación y prescripción adquisitiva.”⁶⁰ En ese trabajo, Randall, sobre la aquiescencia, destacó una decisión arbitral de 1911 –Chamizal⁶¹ relacionada con un reclamo de los EE.UU. sobre unas vías en disputa que se encontraban en la frontera con México sobre la base de la prescripción que se definió como una posesión sin perturbaciones, sin interrupciones, y no impugnada desde 1848. Según los árbitros, la posesión del territorio tuvo que haber sido pacífica, sin embargo, esa noción era más que la simple ausencia de violencia, la protesta diplomática, por ende, resultaría suficiente para evitar la prescripción.⁶²

Veamos, desde al menos 1821 Venezuela, que entonces era parte de la Gran Colombia, ha manifestado su protesta, oposición, reclamo y desacuerdo con las pretensiones de la Gran Bretaña y Guyana. El 20 de febrero de 1821, el diplomático Francisco Antonio Zea, quien había sido vicepresidente de la República de Colombia desde el 17 de diciembre de 1819 hasta el 19 de marzo de 1820 y Embajador de la República de Colombia en el Reino Unido desde el 16 de junio de 1820 hasta el 28 de noviembre de 1820, dirigió una comunicación al ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido, Robert Stewart, para aclarar la situación de la frontera oriental de Colombia. En la referida comunicación expresó: “La República de Colombia ocupa en la América del Sur la parte más septentrional, extendiéndose en latitud desde los 12o N, hasta 69 S, y en longitud desde 589 hasta los 81 Q del meridiano de Greenwich. Sus límites son al Este el Océano Atlántico que baña sus costas desde las bocas del Orinoco hasta Cabo Nassau; desde este cabo arranca una línea N.S. que partiendo de este cabo termina en el río Esequibo, siendo la ribera izquierda de este río la frontera con la Guayana Holandesa”⁶³ Luego, en 1822 se detectó la presencia de ocupaciones de colonos ingleses

⁵⁹ Sir Hersch Lauterpacht (1897-1960), *International Law, The law of Peace*, volumen 3, parts II-VI, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, p. 164.

⁶⁰ Randall Lesaffer, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription European Journal of International Law*, Volume 16, Issue 1, February 2005, Pages 25-58

⁶¹ The Chamizal Case (Mexico, United States), *supra* nota 43, accessible: https://www.internationalwaterlaw.org/cases/Chamizal_Arbitration.pdf

⁶² Randall Lesaffer, *supra* nota 61, 51.

⁶³ Badell, *supra* nota 7, p. 59, citando a Herman González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta.

provenientes de Demerara y Berbice cerca del río Esequibo en los dominios de Venezuela que formaba parte de la República de Colombia. En respuesta, el gobierno colombiano, por órgano del Ministerio de Relaciones Exteriores, instruyó a su ministro Plenipotenciario en Londres, José Rafael Revenga, para que conviniera con los ingleses en la fijación de la línea divisoria entre la Guayana Británica y Colombia; las referidas instrucciones eran las siguientes: “Séame lícito, sin embargo, llamar particularmente la atención de Usted al artículo 2 del proyecto de tratado en punto de límites. Los ingleses poseen en el día la Guayana Holandesa, por cuya parte son nuestros vecinos. Convenga usted tan exactamente, como sea posible, sobre fijar la línea divisoria de uno y otro territorio, según los últimos tratados entre España y Holanda. Los colonos de Demerara y Berbice tienen usurpada una gran porción de tierra que, según aquéllos, nos pertenece del lado del río Esequibo. Es absolutamente indispensable que dichos colonos, o se pongan bajo la protección y obediencia de nuestras leyes, o que se retiren a sus antiguas posesiones. Al efecto se les dará el tiempo necesario según se establece en el proyecto”⁶⁴ Gran Bretaña había establecido como condición para otorgar ese reconocimiento que la República de Colombia suscribiera un Tratado de Cooperación y Amistad entre los dos países, el cual efectivamente se firmó el 18 de abril de 1825.⁶⁵ También se produjeron constantes protestas de Venezuela contra las líneas Schomburg y los postes que había levantado y que como consecuencia de los reclamos Gran Bretaña decidió remover.⁶⁶ Posteriormente, en una nota remitida el 26 de enero de 1887, el ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela Diego Bautista Urbaneja, señaló que Venezuela: “Protesta ante el Gobierno de su Majestad Británica, ante todas las naciones civilizadas, ante el mundo en general, contra los actos de despojo, que en su detrimento ha consumado el Gobierno de la Gran Bretaña y que en ningún tiempo ni por ningún motivo reconocerá como capaces de alterar en lo más mínimo los derechos que ha heredado de España.”⁶⁷ Badel cita un acervo de documentos en los que Venezuela manifestó formalmente su protesta y desacuerdos contra las perturbaciones fronterizas, e incluyó una lista de los formulados durante el siglo XX, incluidos los del gobierno del General Juan Vicente Gómez, dictador por casi 30 años, también los del presidente Isaías Medina Angarita en 1944, y el resto de los expresados durante ese siglo XX, señaladamente durante el periodo que fue de 1944 hasta al menos 1962.⁶⁸

IV. OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LOS LAUDOS Y EL DERECHO A DESIGNAR ÁRBITROS

Debido a que este trabajo se enfoca en analizar el derecho aplicable al arbitraje de 1899, resulta imprescindible destacar el grave vicio de ausencia de motivación del Laudo de París, ya que impide, no solo a las partes, también a cualquier analista, discernir, determinar y por ello evaluar o discutir que reglas de derecho supuestamente aplicó el Tribunal Arbitral si es que aplico alguna. Por tal razón, en primer lugar, debemos referirnos al incumplido deber estatutario internacional de haber motivado el laudo arbitral dictado el 3 de octubre de 1899, obligación del derecho internacional ya existente para ese momento establecido por el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales pactado el 29 de julio de ese mismo año 1899. En esa convención participaron, entre otras, todas las naciones directa e indirectamente involucradas en el Tratado de Washington y el Arbitraje de París dictado sobre el diferendo fronterizo entre Venezuela y Gran Bretaña. En efecto, convi-

⁶⁴ *Id.* 60, citando el libro *Historia oficial de la discusión entre Venezuela y la Gran Bretaña sobre sus límites en la Guayana*, L. Weiss & Company impresores, Nueva York, 1896. p. 6.

⁶⁵ *Id.* 64-65.

⁶⁶ *Id.* 67-68.

⁶⁷ *Id.* 75. Citando a Carlos Sosa Rodríguez, pp. 123-124.

⁶⁸ *Id.* 205, 223-226.

nieron en esa Primera Conferencia de Paz de 1899, entre otros estados, España, Estados Unidos de América, El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, Países Bajos, y Rusia. La obligación de motivar los laudos arbitrales era bien conocida por Fiódor Martens, él mismo encabezó la delegación de Rusia a esa Primera Conferencia de la Paz para la Resolución Pacífica de Controversias internacionales de 1899.⁶⁹ Mientras trascurría esa Primera Conferencia, Martens también presidía el Tribunal Arbitral de París que decidió, sin motivación alguna, en octubre de 1899, la causa contra Venezuela. La sola previsión del artículo III y IV en el Tratado de Washington imponía claramente al Tribunal Arbitral el deber de motivar, de explicitar el derecho que aplicaba, entre otras razones porque la sola existencia de esas normas excluía la posibilidad de aplicar reglas *ex aequo et bono*, por ello se trataba de un arbitraje de derecho. Es universalmente conocido que los jueces de derecho deben exponer y explicar en sus decisiones las reglas que aplican para atender al derecho de las partes a conocer las razones jurídicas en las que se basan las decisiones judiciales o arbitrales que les podrían afectar, proscribiéndose de este modo la arbitrariedad discrecional y en general los motivos extrajurídicos incompatibles con la ética que debe guiar a quienes deben decidir de acuerdo con la ley.

En efecto, estatuariamente el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, principal resultado de la Convención de La Haya, en julio de 1899 estableció:

La sentencia arbitral, aceptada por la mayoría de los votos, *deberá estar motivada*. Se redactará por escrito y la firmará cada uno de los miembros del Tribunal. Los miembros que hayan quedado en minoría pueden, al firmar, hacer constar su disentimiento⁷⁰ (destacado nuestro)

En 1907 se revisó la Convención de la Haya del 29 de 1899 porque se consideró necesario abordar ciertos puntos y completar la obra de aquella Primera Conferencia de la Paz. Esa convención de 1907 mantuvo y así confirmó la obligación de motivar los laudos arbitrales al prescribir en su artículo 79:

El laudo es motivado. Menciona los nombres de los árbitros; es firmado por el presidente y el escribano o el secretario que cumple las funciones de escribano.⁷¹ (destacado nuestro)

El profesor Brewer da cuenta de las decenas de miles de páginas que contiene el expediente que se formó en el proceso que condujo al Laudo de París,⁷² con base en ello el académico afirmó: “Nada de lo alegado y argumentado por las partes, sin embargo, fue considerado por el Tribunal Arbitral de 1899.”⁷³

Efectivamente el Laudo no contiene motivación jurídica alguna, en su último considerando, “whereas”, estipuló:

Y considerando que dichos Árbitros han iniciado debidamente dicho Arbitraje, y han escuchado y considerado debidamente los argumentos orales y escritos del Abogado que representa respectivamente a Su Majestad la Reina y a los Estados Unidos de Venezuela, y han examinado imparcial y cuidadosamente las cuestiones planteadas ante ellos, y han investiga-

⁶⁹ Badell, *supra* nota 7, 168

⁷⁰ Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, La Haya, julio de 1899, accesible: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>

⁷¹ Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, La Haya, octubre de 1907, <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1907-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>

⁷² Brewer-Carías, *supra* nota 6, p. 131-140.

⁷³ *Id.* 133.

do y averiguado la extensión de los territorios pertenecientes o que podrían ser reclamados legalmente por los Países Bajos Unidos o por el Reino de España, respectivamente, en el momento de la adquisición por parte de Gran Bretaña de la Colonia de la Guayana Británica.⁷⁴

De este modo vemos que el laudo no contiene argumentos, razonamientos jurídicos, ni análisis de hechos, ni tan siquiera históricos de naturaleza alguna. No podemos saber si el Tribunal Arbitral acordó algún título jurídico, preclusión, prescripción o alguna otra modalidad. De la repetición parcial en el anterior considerando del artículo III del Tratado de Washington tampoco podemos tan siquiera deducir cómo podría desprenderse la decisión fronteriza que adoptó el Tribunal de la mención que hace, copiada de la norma del Tratado, de los términos “territorios”, “pertenecientes”, o que “podrían ser reclamados” por los “Países Bajos Unidos o por el Reino de España.” Se nos plantean preguntas imposibles de responder a partir del texto del Laudo de París: ¿qué territorios? ¿los de qué estado? ¿ubicados dónde? ¿hubo reclamos de los Países Bajos Unidos o por el Reino de España o manifestaron que los pudiese haber? y ¿si lo fueron, que reclamaron? El artículo III del Tratado de Washington es una norma abstracta y general a cuya aplicación concreta y particular estaba obligado Tribunal Arbitral por así ordenárselo el Tratado de Washington, al ser en consecuencia indeterminable esa aplicación concreta, el Tribunal violó las normas que le impuso el señalado Tratado sobre el derecho aplicable.

Badell presenta como vicios que afectan la validez del Laudo de París la violación al debido proceso, el exceso de poder, la ultra petita, la imparcialidad de los árbitros y respecto a la falta de motivación convincentemente sostiene: “En seis párrafos, ochocientos cuarenta y cuatro palabras, y sin ninguna motivación, el tribunal arbitral decidió por unanimidad adjudicar al Reino Unido 159.500 kilómetros cuadrados, que constituían más del noventa por ciento del territorio controvertido y que era bastante más que el territorio al que el Reino Unido tenía derecho por habérselo cedido Holanda mediante del Tratado de Londres el 13 de agosto de 1814.”⁷⁵

Por cierto, es ampliamente conocido que Venezuela tampoco pudo designar sus árbitros; al respecto, se violentó la universal costumbre internacional cristalizada en muy diversos tratados internacionales en casi todos los sistemas arbitrales internacionales, incluso los comerciales y de inversión de importancia, según la cual las partes tienen derecho a designar árbitros que conformen el tribunal arbitral correspondiente. Por ello también se violentó el artículo 15 de la Convención de 1899 que disponía:

El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados *por jueces de su propia elección* y sobre la base del respeto a la ley.⁷⁶ (destacado nuestro)

El contenido sustantivo de esa norma también confirmado por el artículo 3 de la convención de 1907 al prescribir:

El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados *por jueces de su propia elección* y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse al laudo de buena fe. (destacado nuestro)⁷⁷

⁷⁴ Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela. Decision of 3 October 1899, accessible: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/331-340.pdf

⁷⁵ Badell Madrid, *supra* nota 7, p. 129, 133-190.

⁷⁶ Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, 1899, *supra* nota 68.

⁷⁷ Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, 1907, *supra* nota 69.

V. CONCLUSIÓN

Sí la CIJ anula el Laudo de París deberá decidir la esencia de la controversia territorial, es decir, deberá determinar la línea fronteriza entre la “Colonia de la Guayana Británica y los Estados Unidos de Venezuela,” es decir, hoy la frontera entre Guyana y Venezuela. Consecuentemente, la CIJ deberá juzgar del modo como lo debió haber hecho el Tribunal Arbitral de haber seguido las reglas de derecho aplicables dispuestas para ello. En su tarea la CIJ estará impedida de cotejar y verificar el derecho que supuestamente aplicó el Tribunal Arbitral, tampoco podrá constatar cómo distribuyó la carga probatoria, sencillamente nada dijo el Laudo de París sobre el derecho aplicable ni sobre la carga probatoria. Por esa razón, el juez internacional está compelido a determinar la solución fronteriza territorial definitiva a la que hubiese conducido la estricta aplicación de las reglas de derecho del Tratado de Washington. Le corresponderá entonces a la CIJ juzgar en derecho a qué resultado debió conducir la aplicación del *Uti Possidetis Juris* inter-colonial del artículo III del Tratado, como también deberá interpretar su artículo IV literales (a), (b), y (c), lo que a su vez conducirá a la demarcación fronteriza que resulte de la comprobación de los títulos jurídicos y derechos territoriales de las partes.

El *Uti Possidetis Juris*, en nuestro criterio está previsto en el artículo III del Tratado de Washington al hacer expresa referencia a las sucesiones territoriales inter-coloniales como método para la demarcación fronteriza y territorial que debió hacer el Tribunal Arbitral. De conformidad con la unánime y constante jurisprudencia de la CIJ el *Uti Possidetis Juris* es de aplicación principal y preferente a cualquier forma de ocupación o posesión adversa que se pretenda como título o derecho.

Efectivamente, es pacífica la doctrina y la jurisprudencia de la CIJ en requerir para que la ocupación genere título la aquiescencia del estado adverso o desfavorecido por dicha pretensión. Venezuela, como queda demostrado, nunca fue ni ha sido silente ante las pretensiones de Gran Bretaña ni de Guyana sobre el territorio en disputa, jamás aceptó, ni toleró pasivamente, ni guardó silencio, ni asintió, ni acepto implícita ni tácitamente, ni de hecho, ni por implicación, ni mucho menos expresamente las pretensiones territoriales de Gran Bretaña ni de su sucesora Guyana. El constante rechazo de Venezuela a esas pretensiones impediría, en cualquier caso, que esas alegadas formas de ocupación fuesen constitutivas de la adquisición por preclusión, posesión adversa o prescripción.

Para la ley internacional el territorio al oeste de río Esequibo pertenece a Venezuela, la impugnación de nuestro derecho es incompatible con ley internacional. En todo caso, la ocupación adversa alegada, jurídicamente no puede ser constitutiva de derechos ni títulos contra Venezuela, el rechazo histórico y constante a esas pretensiones territoriales adversas lo ha impido.

*El proceso de codificación del procedimiento administrativo y la influencia de la legislación española en el régimen sobre la revocación y anulación de los actos administrativos**

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela
Director de la Revista*

Resumen: *Este trabajo analiza la influencia de la Ley española de Procedimientos Administrativos de 1985 en las leyes latinoamericanas de Procedimientos Administrativos dictadas a partir de 1972, en particular en cuanto a la regulación del régimen de la revocación y anulación de los actos administrativos.*

Palabras Clave: *Actos Administrativos; Procedimiento Administrativos; Acto administrativo. Revocación; Acto administrativo. Anulación.*

Abstract: *This paper analyzes the influence of the Spanish Law of Administrative Procedures of 1985 on the Latin American laws of Administrative Procedures issued since 1972, in particular regarding the regime applicable to the revocation and annulment of administrative acts*

Key words: *Administrative Acts; Administrative Procedures; Administrative act. Revocation; Administrative act. Annulment.*

SUMARIO

- I. ALGO SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA
 1. *Primera Etapa: El proceso de codificación del procedimiento administrativo a partir de la Ley de Argentina (1972).*
 2. *Segunda Etapa: La codificación a partir de la Ley del Perú (2001).*
 3. *Tercera Etapa: La codificación a partir de la ley de la República Dominicana (2017).*
- II. EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: LOS LÍMITES A LA REVOCACIÓN Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
- III. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
- IV. EL RÉGIMEN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
 1. *La nulidad absoluta vinculada a los vicios sustanciales.*
 2. *La nulidad absoluta como numerus clausus.*
- V. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS
- VI. ALGUNOS EFECTOS DE LAS NULIDADES

* Texto preparado para el proyecto: COCEAL 6th International Workshop, "The Spanish legislation on Administrative Procedure and its Diffusion in Latin America," Bocconi University (Milan), 2023.

En los últimos sesenta años, en América latina se produjo un importantísimo proceso de codificación del procedimiento administrativo, y con ello, del derecho administrativo formal, dando origen a amplias regulaciones procedimentales tendientes a ordenar la acción de la Administración Pública, basadas en la enunciación de los principios que deben guiarla, en permanente expansión, acompañada de previsiones tendientes a asegurar la protección de los derechos de los administrados respecto de la acción administrativa, con lo cual, sin duda, desde la promulgación de la primera ley en la materia, en cada uno de nuestros países cambió totalmente el panorama del derecho administrativo

Ese cambio, en efecto, en adición a los principios de carácter adjetivo o procedimental para guiar la acción de la Administración, la producción de sus actos administrativos y sus relaciones con los administrados, en particular se ha reflejado en importantes aspectos de orden sustantivo vinculados al principio de la legalidad, manifestados en la tendencia hacia la limitación de la arbitrariedad de la Administración y de sus funcionarios en cuanto a la emisión de los actos administrativos, y a asegurar que los derechos de los administrados declarados o creados mediante los mismos en sus relaciones con la Administración, sean respetados y no pueda la Administración disponer de los mismos *ad libitum*.

Por ello, desde el inicio, y sin duda sin duda, bajo la influencia de la doctrina y jurisprudencia, y particularmente de las regulaciones de la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, en todas las Leyes de procedimiento administrativo de América Latina, en las regulaciones específicas que contienen sobre los actos administrativos, se han establecido previsiones con el objeto de asegurar la estabilidad de los mismos, y así proteger los derechos adquiridos que puedan derivarse de ellos, limitando los poderes de la Administración de revocarlos.

A esa influencia de la legislación española queremos referirnos, repasando antes, las etapas del proceso de codificación del procedimiento en los diversos países.

I. ALGO SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA

Este proceso de codificación del derecho administrativo, en efecto, se produjo mediante la regulación en el derecho positivo, de lo que antes eran principios del procedimiento administrativo; proceso que comenzó en los países iberoamericanos, en España, a finales de la década de los años cincuenta del siglo pasado, con la sanción de la *Ley de Procedimiento Administrativo* de 1958 (*Boletín Oficial del Estado*, No. 171 de 18 de Julio de 1958); y de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* de 1957 (*Boletín Oficial del Estado*, No. 195 de 31 de Julio de 1957).

Con ellas se produjo, sin duda, la renovación del derecho administrativo español, sirviendo a la vez de punto de referencia para la codificación en casi todos los países de América Latina.

Dichas leyes fueron objeto de reformas posteriores, destacándose las de 1992 mediante la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, la cual fue a la vez reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero; y posteriormente reformadas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Con base en estas regulaciones españolas, entre las cuales se previó por primera vez el principio de que “la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a *normas de economía, celeridad y eficacia*” (Art. 29, Ley 1958), puede decirse que el derecho administrativo latinoamericano, de haber estado influido en sus inicios sólo por los principios del derecho

administrativo francés e, incluso, por los principios del derecho administrativo italiano, a partir de la sanción de las mismas pasó a estar también influido significativamente por el derecho administrativo español y su doctrina contemporánea.

Bajo esa influencia, por tanto, se produjo el proceso de conificación del procedimiento administrativo en América Latina, que se desarrolló en las siguientes tres etapas.

1. *Primera Etapa: El proceso de codificación del procedimiento administrativo a partir de la Ley de Argentina (1972)*

Cronológicamente, después de las leyes españolas, el proceso de codificación del derecho administrativo mediante leyes de procedimiento administrativo—dejando aparte un importante *Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo* de Perú, dictado por Decreto Supremo No. 006-67-56 de 1967,¹—se siguió en *Argentina* donde se dictó la que fue la primera de las leyes nacionales sobre procedimientos administrativos de nuestros países, la *Ley de Procedimientos Administrativos*, N° 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682.²

Con esta ley, en cuya elaboración participaron distinguidos profesores (Gordillo, Fiorini, Marienhoff, Casaagne, entre otros) puede decirse que efectivamente se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto central de nuestra disciplina, que es la Administración Pública y su actividad, la cual comenzó a estar regulada en normas de derecho positivo y no sólo como consecuencia de principios generales, tanto en lo que se refiere a los aspectos formales y sustantivos de la actividad administrativa, como a los aspectos centrales de la relación de la Administración con los administrados. Dicha Ley, en definitiva, en Argentina superó el alcance limitado del largo proceso de regulación provincial que antes se había dictado sobre normas de procedimiento administrativo, y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta (Decreto 20003/33 sustituido por Decreto N° 7520/44.).

En el Decreto-Ley No. 19.549/72, además de estableció los principios básicos a los que deben ajustarse los procedimientos administrativos desarrollados ante la Administración Pública Nacional, los cuales son la “*celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites*” (art. 1.b), y que deben respetarse tanto en la Administración central como descentralizada, incluyendo los entes autónomos; regulándose las normas fundamentales relativas a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia; asegurándose también para los administrados la garantía constitucional al debido proceso.

¹ Véase Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo dictado mediante Decreto Supremo N° 006-67-56 de 11 de noviembre de 1967. Este fue el primer texto comprensivo que reguló el procedimiento administrativo en América Latina con evidentes influencias de la Ley española de 1958, a cuyo texto debía ajustarse la actuación administrativa de los órganos del Poder Ejecutivo, de los establecimientos públicos y de los gobiernos locales, “siempre que no se opusieran a las leyes o sus reglamentos especiales” (art. 1). En esta forma, si bien se establecieron principios generales de la acción administrativa, ello se hizo con un texto de rango reglamentario y supletorio, lo que implicó, en la práctica, que dicho texto no hubiera tenido mayor influencia en el desarrollo del derecho administrativo peruano.

² Véase *Boletín Oficial* N° 22411 del 27 de abril de 1972. Sobre la Ley argentina nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo*. Tomo II. *Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado*, Buenos Aires 2012, pp. 959-993.

Esta Ley argentina, tiene además el rasgo general que luego se siguió en las otras leyes latinoamericanas de abarcar todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos.

Adicionalmente, como todas las leyes en la materia que se dictaron posteriormente, regula el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busca que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados; de lo que deriva otro rasgo común de las mismas en el sentido de establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, de manera que se desarrollen con el menor formalismo posible, evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten la acción administrativa.

En la tendencia y orientación de la Ley argentina, le siguió posteriormente el Decreto con fuerza de Ley No. 640/973, sobre Procedimientos Administrativos, dictado en *Uruguay* en 1973 y que fue sustituido en 1991 por el Decreto 500/991 contentivo de las “*Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central*,”³ En este texto de la Ley del Uruguay se destaca la enunciación extensa y comprensiva de los principios del procedimiento administrativo, al establecerse en su artículo 2, el carácter servicial de la Administración Pública, en el sentido de que

“debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; m) Gratuidad.”

Un lustro más tarde, en 1978 se sancionó la *Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*,⁴ la cual no sólo reguló el procedimiento administrativo, sino materialmente todos los aspectos esenciales del derecho administrativo, lo que me llevó a calificarla al momento de estudiarla apenas fue promulgada, como una especie de “manual” de esta rama del derecho, redactado en forma de artículos.⁵ En sus normas se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre nuestra disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto, en cuya redacción contribuyó mi recordado amigo el profesor de derecho administrativo Eduardo Ortíz Ortíz, quien dejó en ella una huella importante. Es un ejemplo claro de la codificación del derecho administrativo formal, todo, y no solo del procedimiento administrativo.

³ Alcance N° 90 *La Gaceta* N° 102 de 30 de mayo de 1978.

⁴ *Diario Oficial* de 3 de octubre de 1991.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58; reproducido en mi libro: *Los principios fundamentales del derecho público* (Con una Introducción General sobre los Principios del Derecho Administrativo en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica), Editorial Investigaciones Jurídicas/Editorial Jurídica Venezolana, San José, Costa Rica 2012, 222 pp.

A la Ley costarricense la siguió cronológicamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio de 1982, de *Venezuela*,⁶ texto que se comenzó a elaborar desde 1965, en un proyecto que me correspondió trabajar con la colaboración de dos profesores españoles que en ese momento estaban en Caracas, mis recordados amigos Sebastián Martín Retortillo Bequer y Francisco Rubio Llorente.⁷ Esta Ley Orgánica recogió la influencia de la Ley española, definiendo todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública Nacional y aplicable supletoriamente a las administraciones estatales y municipales; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había venido establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad administrativa.⁸

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, además de los principios enunciados en las leyes anteriores ya mencionadas de *celeridad, economía, sencillez y eficacia*, agregó el principio de *imparcialidad* (art. 30); todo lo cual ha sido completado con la regulación en la propia Constitución de 1999, del carácter servicial de la Administración Pública, al indicarse que “está al servicio de los ciudadanos,” agregándose, además, que:

“se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 144).

Unos años después de la Ley venezolana, en 1984, se produjo la reforma del Código Contencioso Administrativo de *Colombia*, al cual se le incorporó un nuevo “Libro” Primero sobre “Procedimientos Administrativos.” En el Código, además de todos los principios antes enunciados en las leyes precedentes, se agregaron otros como los de *publicidad, contradicción y conformidad* con el propio Código (art. 3); es decir, el principio de legalidad objetiva.

Con este Código se dio un paso importante de avance en la codificación del derecho administrativo, al haberse regulado en un solo texto, que sigue siendo único en el Continente, todos los aspectos tanto del procedimiento administrativo como del proceso judicial contencioso administrativo. Debe recordarse que Colombia fue el único país de América Latina que adoptó en parte el modelo francés de dos órdenes de tribunales: una jurisdicción judicial que tiene en su cúspide a la Corte Suprema de Justicia, y una jurisdicción contencioso-administrativa que tiene en su cúspide al Consejo de Estado. Dada esta peculiar situación, desde 1941 se había dictado un Código Contencioso-Administrativo (Ley 167/1941), en el

⁶ *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. V. sobre la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

⁷ Véase *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, Vol. 2, p. 392.

⁸ Sobre la ley venezolana, V., Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, pp. 115-117; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela,” en *Revista de Control Fiscal*, N° 104, Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 113-133; “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador-editor), Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51; y *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.

cual se reguló exclusivamente el procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con base en la labor de la jurisprudencia, en 1980 se propuso la reforma y adaptación del Código, lo cual condujo a la sanción del Decreto No. 01 de 1984, mediante el cual se le agregó al Código el nuevo “Libro” relativo al “procedimiento administrativo,” diferenciado del “procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.”⁹ Esta importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo, luego de la reforma constitucional de 1991, fue reformada en 2011, mediante la Ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹⁰ reformado mediante ley 2080 de 25 de enero de 2021.

Tres años después de la reforma colombiana, en 1987 se dictó la *Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras* (Decreto N° 152-87, de 28 de septiembre de 1987); y solo fueron unos años después, que en *Italia* se produjo el importante avance de codificación del derecho administrativo al sancionarse, luego de varios intentos fallidos durante las décadas anteriores, la importante *Ley No. 241/1990* que contiene nuevas normas no sólo en materia de procedimiento administrativo sino respecto del derecho de acceso a los documentos administrativos; la cual ha sido reformada posteriormente, siendo una de las últimas mediante la Ley No. 15/2005 y la Ley No. 124/2015.

Después de la Ley de Honduras y de Italia, casi diez años después, en 1994 se dictó en *México* la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*,¹¹ cuya última reforma es de 2 de mayo de 2017; a la cual le siguió la Lei No. 9.784, de 1999 de *Brasil*, que regula *el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal*,¹² en cuyo artículo 2 se precisan, en forma exhaustiva, los principios a los cuales debe someterse la Administración Pública, indicándose que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Al año siguiente se dictó en *Panamá* la *Ley No. 38 de 2000*¹³ mediante la cual se aprobó el *Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración*, en el cual se regularon las normas relativas al Procedimiento Administrativo General. En la Ley, en materia de principios, en su artículo 34 se dispuso que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se deben efectuar “con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.”

⁹ El Decreto 01 se dictó con base en la Ley 58 de 1982. Posteriormente con base en la Ley 30 de 1987, mediante Decreto 2304, de 7 de octubre de 1989, se introdujeron reformas al Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ Véase *Diario Oficial* N° 47.956 de 18 de enero de 2011. V. algunos comentarios sobre dicha reforma en Allan R. Brewer-Carías, “Los principios del procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011),” en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. El Salvador, 2011, pp. 879-918; “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia” en *Visión actual de los Procedimientos Administrativos, III Congreso de Derecho Administrativo Margarita 2011*, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO” y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 13-48

¹¹ Véase *Diario Oficial de la Federación* de 4 de agosto de 1994

¹² Véase *Diario Oficial* de la Uniao del 1 de fevereiro de 1999.

¹³ Véase *Gaceta Oficial* No. 24,109, de 2 de agosto de 2000

2. Segunda Etapa: La codificación a partir de la Ley del Perú (2001)

Al año siguiente, en 2001, se publicó en el Perú la *Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General*,¹⁴ promulgada precisamente por uno de los destacados profesores de derecho administrativo de América Latina, el recordado amigo y entonces presidente de la República Valentín Paniagua. Con dicha Ley, redactada por un importante equipo de profesores peruanos encabezados por el profesor Jorge Danós, Perú se incorporó definitivamente en la corriente contemporánea de la codificación formal del procedimiento administrativo, siendo la peruana, en su momento, el texto que le dio un nuevo impulso y enfoque a la regulación del procedimiento administrativo, habiéndose recogido en el mismo, enriquecidos, todos los principios del procedimiento administrativo que se habían venido conformando en las décadas anteriores en todos nuestros países. por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.¹⁵

Dicha Ley fue la primera en recibir el influjo de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999) de España, pudiendo considerarse así, como un hito importante en la positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo:

“principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.”

A la Ley peruana, y en su misma orientación renovadora, en 2002 la siguió en *Bolivia*, la *Ley No. 2341 sobre el Procedimiento Administrativo*, en la cual se siguió la misma línea enumerativa extensa de principios generales de la actividad administrativa, listando los siguientes, luego de indicar como “Principio fundamental” el del carácter servicial de la Administración, que “el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad:”

“Principio de autotutela; Principio de sometimiento pleno a la ley; Principio de verdad material; Principio de buena fe, la confianza, la cooperación y la lealtad; Principio de imparcialidad; Principio de legalidad y presunción de legitimidad; Principio de jerarquía normativa; Principio de control judicial; Principio de eficacia; Principio de economía, simplicidad y celeridad; Principio de informalismo; Principio de publicidad; Principio de impulso de oficio.”

Posteriormente en *Chile* se sancionó en 2003 la *Ley No. 19.880 sobre Procedimientos Administrativos*,¹⁶ la cual enumeró en su artículo 4, como “principios del procedimiento,” los siguientes:

¹⁴ Véase Texto único ordenado de la Ley 27444, de 17 de marzo de 2017, de Procedimiento Administrativo General, publicado en el *Diario Oficial* de 20 de marzo de 2017

¹⁵ Sobre la Ley peruana véase nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, No 67, *El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77.

¹⁶ *Diario Oficial* de 29 de mayo de 2003.

“principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.”

3. *Tercera Etapa: La codificación a partir de la ley de la República Dominicana (2017)*

Diez años después, en 2013 se dictó en la *República Dominicana* la *Ley No 107-17 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y procedimiento administrativo*,¹⁷ en un texto que de nuevo significó una nueva ola en el proceso de codificación del derecho administrativo, habiéndose nutrido de la vasta experiencia en la materia desarrollada en todos nuestros países durante los últimos cincuenta años; y en cuya redacción contribuyeron los profesores Olivo Rodríguez Huerta y Eduardo Jorge Prats, entre otros, con la asistencia de los destacados profesores españoles Ricardo Rivero, Jaime Rodríguez Arana y Javier Barnes.

La Ley, en efecto, destinó su artículo 3 a establecer los “Principios de la actuación administrativa,” disponiendo que en el marco “del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo con los siguientes principios:

“Principio de juridicidad; Principio de servicio objetivo a las personas; Principio promocio-na; Principio de racionalidad; Principio de igualdad de trato; Principio de eficacia; Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo; Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa; Principio de proporcionalidad; Principio de ejercicio normativo del poder; Principio de imparcialidad e independencia; Principio de relevancia; Principio de coherencia; Principio de buena fe; Principio de confianza legítima; Principio de asesoramiento; Principio de responsabilidad; Principio de facilitación; Principio de celeridad; Principio de protección de la intimidad; Principio de ética; Principio de debido proceso.”

Con posterioridad a la Ley de la República Dominicana, le siguió después de una larga evolución doctrinal y jurisprudencial, como no podía ser de otra forma, la sanción del “Código de relaciones entre el público y la Administración” de *Francia*, de 23 de octubre de 2015, que entró en vigor el 1° de enero de 2016, conteniendo un gran número de disposiciones sobre el procedimiento administrativo en general, y que constituye un documento de referencia inevitable en la materia.

Posteriormente, en 2017 se sancionó el *Código Orgánico Administrativo en Ecuador*,¹⁸ el cual tuvo como antecedentes la Ley N° 50 de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de 1993, en la cual se precisó que los procesos de modernización se debían sujetar “a los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social;” y antes, el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* (Decreto Ejecutivo 1634 de 1994, reformado por Decreto Ejecutivo No 2428 de 2002), el cual sin embargo, sólo reguló aspectos del procedimiento administrativo.

¹⁷ Véase sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Principios del procedimiento administrativo en la Ley N° 107-13 de la República Dominicana sobre procedimientos administrativos de 6 de agosto de 2013,” en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72. Trabajo reproducido en mi libro: *Principios del procedimiento administrativo Estudio de derecho comparado*, (Presentación de Olivo Rodríguez Huertas, Prólogos de Eduardo García de Enterría y Frank Moderne), Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Colección Estudios de Derecho Administrativo, Volumen II, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo, 2016. 332 pp.

¹⁸ Véase *Registro Oficial* de 7 de julio de 2017.

Todos esos antecedentes, condujeron a la previsión, en el nuevo Código Orgánico Administrativo, no sólo a la enunciación sino a la definición, en sus artículos 2 a 17, de los siguientes otros principios:

“Principio de calidad; Principio de jerarquía. Principio de desconcentración. Principio de descentralización. Principio de coordinación. Principio de participación. Principio de planificación. Principio de transparencia. Principio de evaluación. Principio de juridicidad. Principio de responsabilidad. Principio de proporcionalidad. Principio de buena fe.”

El mismo Código Orgánico Administrativo de Ecuador, agregó otros “principios de la actividad administrativa en relación con las personas,” que enumeró en sus artículos 18 a 24:

“Principio de interdicción de la arbitrariedad. Principio de imparcialidad e independencia. Principio de control. Principio de ética y probidad. Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Principio de racionalidad. Principio de protección de la intimidad.”

En 2017 también se sancionó en *El Salvador*, siguiendo la nueva orientación adoptada desde la Ley de la República Dominicana, la *Ley de Procedimientos Administrativos* (Decreto 856),¹⁹ en cuyo artículo 3 se dispuso que la Administración Pública debe servir con objetividad a los intereses generales, y sus actuaciones están sujetas a los siguientes principios:

“Legalidad; Proporcionalidad; Antiformalismo; Eficacia; Celeridad e impulso de oficio; Economía; Coherencia; Verdad material; Buena fe.”

Por último, debe mencionarse que en septiembre de 2021, viene de ser sancionada la última de las Leyes de Procedimiento Administrativo de América Latina, que es la importante *Ley No. 6715 de Procedimientos Administrativos del Paraguay*, en la cual se han recogido, perfeccionados, todos los principios del procedimiento administrativo que habían venido conformándose en las leyes latinoamericanas en las últimas décadas.²⁰

Como se dijo, en todas esas leyes, desde la española de 1958, además de las normas procesales o adjetivas establecidas en todas las leyes sancionadas, se incorporaron específicas previsiones para asegurar los derechos de los administrados declarados o creados por los actos administrativos de la Administración, limitando la arbitrariedad de la misma en materia de revocación y anulación de los mismos, asegurando que los mismo sean respetados y que no pueda la Administración disponer de los mismos *ad libitum*, que es a lo que en particular queremos referirnos en estas notas.

Esto se ha manifestado, en dos grandes temas regulatorios:

Primero, en el establecimiento del principio de la irrevocabilidad o de la no revisión de los actos administrativos, una vez que éstos han adquirido firmeza y han creado o declarado derechos a favor de particulares; lo que implica, por supuesto, el establecimiento de la posibilidad de ejercicio de la potestad de la Administración Pública de revocar libremente sus propios actos, solo cuando los mismos no declaren o creen derechos de los Administrados;

¹⁹ Véase sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre algunos principios generales del régimen de la Ley de procedimientos administrativos de El Salvador,” *Revista de Derecho Público*, N° 155-156, julio-diciembre 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 249-296; y en: “Comentarios sobre la Ley de Procedimientos Administrativos de 15 de diciembre de 2017 de El Salvador, en perspectiva histórica y comparada,” en el libro *Comentarios a la Ley de procedimientos Administrativos. Homenaje al Profesor José Meilán Gil*, (Jaime Rodríguez Arana-Muñoz u Henry Alexander Mejía, Directores), *Cuadernos legislación Comentada y Relacionada* No. 2, Editorial Cuscatleca, El Salvador 2019, pp. 63-80.

²⁰ El texto completo de las leyes latinoamericanas de derecho administrativo con un estudio de derecho comparado puede consultarse en el libro: Allan R. Brewer-carías, *Código de leyes de procedimiento Administrativo en Iberoamérica*, Editorial Jurídica venezolana, Tercera edición, 2022.

Y Segundo, en la posibilidad de siempre tiene la Administración de revocar sus actos administrativos, aún si supuestamente han creado o declarado derechos a favor de particulares, cuando los mismos están viciados de nulidad absoluta

II. EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: LOS LÍMITES A LA REVOCACIÓN Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Entre los principios más importantes de la codificación del derecho administrativo en relación con los actos administrativos, está en efecto, el de que los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridos o declarados por actos administrativos individuales, no pueden ser eliminados posteriormente por otros actos administrativos.

Es el principio general de la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas de actos individuales, o de la irrevocabilidad de los actos administrativos de efectos particulares creadores de derechos a favor de los administrados; principio que ha tenido consagración legal expresa en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, siguiendo precisamente la orientación de la previsión de la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, cuando dispuso el principio de que:

“Artículo 110.1. La Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley.....”

Es decir, como el acto administrativo firme, cuando crea derechos a favor de administrados, crea cosa juzgada administrativa, ello lo hace irrevocable por la Administración, al punto de que una de las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, por ejemplo, en la Ley venezolana de procedimientos administrativos, es “cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares” (art. 19,2).

La fórmula de la Ley argentina puede considerarse que resume, en general, la posición del derecho administrativo latinoamericano, al prescribir que:

“El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado” (art. 18).

Una variante de esta formulación está en la Ley del Perú, la cual prescribe que “los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia” (art. 203,1).

Así se establece igualmente en la Ley de Chile, al enumerar algunos supuestos en los cuales la revocación no es procedente, indicando el caso de “actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente.”

La misma regulación está en la Ley venezolana, que establece:

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico” (art. 82).²¹

²¹ Sobre el tema antes de sancionarse la ley venezolana véase: Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, No. 4 (octubre - diciembre 1980), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 27-30.

En igual sentido, se regula en los artículos 173 y 174 de la Ley General de Costa Rica; y en los artículos 17 y 18 de la Ley de Argentina. O como lo expresa la última de las leyes latinoamericanas que es la Ley de Paraguay de 2021, aun cuando limitando la revocación a los actos anulables:

“Artículo 22. Revisión de oficio de actos anulables que no generen derechos subjetivos o no afecten intereses legítimos. Los actos anulables que no generen derechos subjetivos o no afecten intereses legítimos podrán ser revocados y subsanados de oficio en sede administrativa en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.”

Por otra parte, este principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares se considera que tiene completa aplicación a partir del momento en el cual el acto administrativo quede firme, es decir, a partir del momento en que su legalidad no pueda ser cuestionada directamente ante el juez administrativo.

El procedimiento administrativo, como es sabido, se desarrolla en dos fases: en *primer lugar*, el procedimiento constitutivo de los actos administrativos, tendiente a la formación y emisión de los mismos; y, en *segundo lugar*, el procedimiento de revisión de los actos administrativos mediante el ejercicio de los recursos administrativos (reconsideración o revocación, jerárquico, revisión) que se desarrolla una vez que estos se dictan, y que tiene por objeto ratificarlos, corregirlos, reformarlos o modificarlos, revocarlos o anularlos.

En consecuencia, el acto creador de derechos a favor de los administrados, en principio, podría ser revocado por razones de legalidad dentro del lapso de caducidad previsto para la interposición del recurso de anulación; o como lo señala la Ley de Honduras, “cuando infrinja manifiestamente la ley, siempre que no aparezca firme y con sentido” (art. 121).

Además, el principio de la irrevocabilidad rige en tanto en cuanto el particular que deriva derechos del acto administrativo no consienta su revocación, tal como lo regula el Código de Colombia (art. 73).

Por último, y en cuanto a los principios relativos a la irrevocabilidad de los actos administrativos regulares y firmes creadores de derecho a favor de los administrados, debe señalarse que las legislaciones latinoamericanas admiten como excepción, los casos en los cuales la revocación esté acompañada de una indemnización.

Así lo establece expresamente la Ley argentina (art. 18), la Ley del Perú (art. 205) y la Ley General de Costa Rica (art. 155), la cual establece que, si el acto revocatorio no contiene el reconocimiento y el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta (art. 155.1). En Honduras, la ley expresamente señala que la revocación de un acto administrativo sólo dará lugar a indemnización cuando la misma esté prevista expresamente en la Ley (art. 123). El principio se recogió igualmente en la recientemente promulgada Ley del Paraguay, así:

Artículo 28. Revocación con indemnización. Aun cuando el acto administrativo sea irrevocable según las reglas precedentes, la autoridad puede disponerlo para impedir o eliminar graves perjuicios al bien público, indemnizando en todo caso al particular el daño por la revocación.

En Venezuela, en cambio, frente al establecimiento del principio general de la nulidad absoluta del acto revocatorio de uno precedente creador de derecho a favor de particulares (art. 19,2), podría argumentarse que tal nulidad no se produciría, si la revocación estuviese acompañada de la indemnización correspondiente, por la eliminación del derecho, por supuesto, con suficiente motivación conforme al interés público.

Por tanto, aún cuando el acto cree derechos a favor de particulares, podría ser revocado por la Administración mediando indemnización, porque nunca se podría impedir a la Administración, en último término, hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular. Así como la Administración puede expropiar cualquier bien o derecho, ello, también podría aplicarse analógicamente en este caso.

La regulación, en Venezuela, lo que busca es proteger a los particulares contra la arbitrariedad de la Administración de revocar discrecionalmente sus actos administrativos, pero no debe interpretarse en el sentido de impedir a la Administración la posibilidad de revocación del acto creador de derechos, pues indemnizando al particular se sustituiría su derecho adquirido por el acto anterior, con un título distinto.

Por otra parte, ante el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de particulares, debe recordarse el régimen general que estableció Ley española de 1958, al precisar una vía para que la Administración pueda, por vía judicial, impugnar sus propios actos irrevocables mediante el procedimiento denominado de ‘lesividad,’ disponiendo en su artículo 110 que para “conseguir la anulación” de “sus propios actos declarativos de derechos [...] la Administración deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa” (art. 110).

El principio ha sido desarrollado en la última de las leyes de procedimiento administrativo, del Paraguay de 2021, al disponer:

Artículo 23. Declaración judicial de nulidad. Si el acto viciado de irregularidad estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos a favor de particulares que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad demandada por la Administración que emitió el acto.

Será competente para declarar la nulidad de los actos que demande la Administración el Tribunal de Cuentas de la República.

La declaración judicial de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro. Si el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, dará lugar a la indemnización para el afectado.”

Por último, en cuanto a las excepciones al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos, debe mencionarse las previsiones de la Ley del Perú, al establecer en el artículo 203, que excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

“2.1. Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

2.2. Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

2.3. Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.”

En estos casos, dispone el artículo 203,3 que esta revocación sólo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor.

Debe indicarse adicionalmente, que en algunas leyes como la de Chile, se incluyen expresamente otros supuestos en los cuales la revocación no es procedente, indicando los si-

guintes, indicando los casos en los cuales “ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.”

Por otra parte, en las legislaciones de México y Argentina, se establece el principio de que el acto considerado anulable es considerado válido y, por tanto, gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad (art. 7 Ley Federal de México) hasta tanto no sea debidamente anulado en sede judicial (art. 15 Ley de Argentina).

Debe mencionarse por último la regulación que se establece en la Ley de la República Dominicana en relación con lo que se denominan los “actos desfavorables,” disponiéndose que

“Los órganos administrativos podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria a la igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”

En igual sentido se regula en la Ley de El Salvador (art. 121).

Sin embargo, en la Ley de Brasil el derecho de la Administración de anular actos administrativos de los cuales deriven efectos favorables para sus destinatarios decae a los cinco años, salvo comprobada mala fe (art. 54).

III. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En paralelo a los principios sobre la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos a favor de particulares, en las legislaciones sobre procedimientos administrativos se regulan diversos supuestos en los que se regula la revisión de oficio de los actos administrativos por parte de la Administración, los cuales la misma puede iniciar *motu proprio*, e igualmente a instancia los ciudadanos interesados.

Esta revisión de los actos administrativos puede ocurrir en los siguientes supuestos:

El *primer* supuesto se refiere a la posibilidad que tiene siempre la Administración de modificar los actos administrativos que sean de efectos generales, es decir, los actos normativos o reglamentarios. Estos pueden ser reformados o derogados, dadas las características de generalidad e impersonalidad de las situaciones jurídicas que regulan.

Por supuesto, estas modificaciones pueden también ser solicitadas por los interesados, en virtud “del derecho de petición en interés general” como lo califica el Código colombiano (arts. 5 a 8). En estos casos, se destaca la garantía que tienen los ciudadanos de ser oídos antes de la modificación mediante el sistema de audiencias y consultas públicas que regulan algunas leyes.

El *segundo supuesto*, siguiendo también la orientación de la ley española de 1958 (art. 111), se refiere a la posibilidad para la Administración, en cualquier momento, de corregir o rectificar los errores materiales, de hecho, de cálculo, o aritméticos en que se hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos (por ejemplo, art. 157, Ley General de Costa Rica; art. 201, Ley del Perú; art. 73, Código de Colombia; art. 84, Ley de Venezuela). Los interesados, por supuesto, también pueden solicitar esta revisión de los actos administrativos.

A tal efecto, algunas leyes como la de Chile, prevén expresamente la posibilidad para la Administración que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento, de poder “de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo” (art. 62). En igual sentido se regula en el Código de Ecuador (art. 133).

Y el *tercer supuesto* se refiere a los casos en los cuales la Administración puede “de oficio o a instancia de parte,” reconocer o declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos conforme a previsiones expresas establecidas en las leyes de procedimiento administrativo, como se ha regulado, siguiendo la orientación de la Ley española de 1958, por ejemplo, en las de Venezuela (art. 83) de Argentina (art. 17), de Costa Rica (art. 174) y de Honduras (art. 119).

Es de destacar, además, que el hecho de que las leyes mencionadas permitan expresamente iniciar a instancia de parte este procedimiento de revisión de los actos administrativos en los casos de vicios de nulidad absoluta, pone de manifiesto la existencia efectiva de un “recurso administrativo” específico, cuyo objetivo es el pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto administrativo conforme a los casos taxativamente enumerados en las leyes, pero con la especialísima característica de que la petición puede formularse en cualquier momento, sin que exista lapso de caducidad o prescripción alguno, excepto en la legislación de Brasil (5 años) y del Perú (1 año). Esto conlleva consecuencias importantes, en cuanto a la posterior recurribilidad de los actos administrativos nulos, de nulidad absoluta, en vía judicial.

En efecto, si en cualquier momento se puede requerir de la Administración que de y declare la nulidad absoluta de los actos administrativos, aun cuando estos estén firmes, ello significa que la instancia del interesado abre siempre la posibilidad de emisión de un nuevo acto administrativo que declare o no la nulidad absoluta, contra el cual puede, en definitiva, ejercerse los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos que procedan. Por ello, en consecuencia, ante actos administrativos viciados de nulidad absoluta, siempre será posible obtener una revisión judicial de los mismos.

De esta potestad de revisión de oficio, resulta el principio de que la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de particulares antes analizado, en realidad, sólo se aplica a los actos administrativos válidos y regulares, capaces de dicha creación o declaración (art. 27, Ley Paraguay), por lo que, si el acto está viciado de nulidad absoluta, no puede crear dichos derechos y es esencialmente revocable (art. 83 Ley venezolana). Como también lo resume la Ley del Paraguay de 2021:

Artículo 21. Revisión de oficio de los actos nulos. Los actos que incurren en las causales de nulidad establecidas en el Artículo 20 carecen de estabilidad y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad. Podrán ser revocados o sustituidos por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa.

Por último, debe mencionarse que aún en los casos en los que se admite la revisión de oficio de los actos administrativos, si el ejercicio de tal potestad produce efectos inequitativos o lesiona derechos de interesados, la misma no debe ejercerse. Como lo señala la Ley de Honduras:

“Artículo 125: Las potestades de anulación, revocación y modificación de oficio no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones; por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.”

IV. EL RÉGIMEN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ahora bien, a los efectos de regular la posibilidad de la Administración Pública de poder revisar siempre sus actos administrativos, por razones de que están viciados de nulidad absoluta, las Leyes de procedimiento administrativo han regulado los supuestos en los cuales ese vicio se produce, por supuesto, después de regular los requisitos de validez de los actos; es decir, los requisitos de fondo (la competencia, manifestación de voluntad, base legal, causa,

objeto, finalidad) y de los requisitos de forma (formalidades, forma, motivación) de los mismos. De la regulación de dichos requisitos, deriva que las propias leyes hayan establecido el régimen de las nulidades, es decir, se hayan regulado las consecuencias de sus violaciones. En esta forma, todo lo que se refiere a la teoría de las nulidades en el derecho administrativo, es decir, a la teoría de las consecuencias de la ilegalidad, por violación de los requisitos de legalidad o de fondo, está regulado expresamente en las legislaciones.

En efecto, como lo señala la Ley General de Costa Rica:

“La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de éste” (art. 158.1).

El tema lo regula con precisión la reciente Ley de Paraguay de 2021, así:

“*Artículo 19. Nulidad.* El acto administrativo será nulo según sea la gravedad del vicio de irregularidad. La calificación del vicio se determina por la gravedad e importancia que reviste la antijuridicidad en el caso concreto y la afectación de los derechos de las personas.

En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, debe estarse a la consecuencia más favorable al mismo.

La nulidad parcial de un acto administrativo no afecta a aquellas partes del mismo acto que resulten independientes. La nulidad de un acto administrativo no implicará la nulidad de aquellos actos sucesivos independientes al acto declarado nulo.”

Es decir, no todo vicio afecta la validez de los actos administrativos o, en otros términos, no todas las falta o defectos en los elementos o requisitos de los actos administrativos, producen la nulidad de los mismos. La invalidez y, consecuentemente, la posibilidad de anular los actos administrativos sólo se produce cuando el acto administrativo tenga una “inconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico” (art. 158 Ley General de Costa Rica). En otros términos, las infracciones insustanciales no invalidan los actos administrativos ni conducen a que se declare su nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario (art. 158.5 Ley General de Costa Rica). En este sentido, el art. 16 de la Ley de Argentina establece que:

“La invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido.”

Lo importante de lo anterior, como la consecuencia más importante del proceso de codificación del derecho administrativo y de la regulación legislativa de los elementos del acto administrativo en América Latina, es la previsión expresa del régimen de las nulidades de los mismos, y, particularmente, el establecimiento, por ley, de los casos de nulidad absoluta y sus consecuencias.

Como se ha dicho, la invalidez del acto administrativo no tiene siempre la misma gravedad de origen ni los mismos efectos, ya que puede manifestarse como resultado de un vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según la gravedad de la violación cometida. El problema de la teoría de las nulidades de los actos administrativos radica, entonces, precisamente en determinar cuándo el vicio del acto administrativo acarrea la nulidad absoluta del mismo, y cuándo ello no ocurre, resultando sólo un vicio de nulidad relativa o anulabilidad, pues los efectos de uno u otro vicio en el mundo del derecho son totalmente distintos.

En este sentido se pueden distinguir dos grandes sistemas en la legislación positiva para la determinación de los vicios derivados del incumplimiento de los requisitos de fondo y de forma de los actos administrativos, y las consecuencias que se derivan de cada uno de ellos.

1. *La nulidad absoluta vinculada a los vicios sustanciales*

Un primer sistema prescribe, en general, que la violación de los requisitos de fondo (o los requisitos constitutivos de los actos), cuando, por ejemplo, faltan totalmente, produce la nulidad absoluta.

La Ley General de Costa Rica, al respecto, establece que “habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente” (art. 166).

El otro supuesto que también está establecido en la Ley General de Costa Rica tiene que ver con la definición de los elementos sustanciales. Esto conduce a la discusión de qué es y qué no es un elemento sustancial, para poder definir la frontera entre nulidad absoluta y nulidad relativa respecto de lo cual, la Ley General de Costa Rica señala que:

“Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta” (art. 167).

Conforme a estas normas, entre los vicios de nulidad absoluta estarían, por ejemplo, la incompetencia manifiesta y la ausencia de objeto o de base legal o de la propia manifestación de voluntad.

En todo caso, este primer supuesto identificatorio de la nulidad absoluta, basado en la ausencia de los elementos del acto o en solo su imperfección deja, en la práctica, muy imprecisa la frontera entre los dos tipos de vicios de los actos administrativos, con lo que su determinación sería casuística.

En el caso de la Ley Federal de México, puede decirse que sigue la misma orientación de la Ley General de Costa Rica, declarando materialmente la nulidad de los actos cuando haya “omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos” para su validez (art. 5), los cuales también se enumeran en general detalladamente enumerados en las Leyes.

Por lo tanto, en la aplicación de la ley también se abre allí la discusión del tema sobre la frontera entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, el cual, en definitiva, es el tema central del régimen de las nulidades en derecho comparado.

2. *La nulidad absoluta como numerus clausus*

El segundo sistema para determinar la nulidad absoluta se inspira en la Ley española de 1958, y se caracteriza por la enumeración expresa, en la Ley, de los casos precisos que originan dicha nulidad absoluta, es decir, de los casos en los cuales los vicios la producen. De ello resulta que no todo incumplimiento o violación de los requisitos de fondo origina nulidad absoluta, sino sólo algunos que están expresamente determinados, como *numerus clausus* en la ley.

En tal sentido, fue que el artículo 47 de la Ley española de 1958 dispuso:

Artículo 47.1. Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.
- b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de *cielito*.
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados...

Conforme a esta norma, se trataba de vicios graves en la competencia, del vicio en el objeto del acto y de vicios en las formalidades sustanciales. La Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, además, agregaba a estos vicios de nulidad absoluta, los casos de violación de la reserva legal y de respeto a la jerarquía de los actos (arts. 23 a 28 y art. 47.2).

Este sistema, en todo caso, fue el que más influyó en las regulaciones de las leyes latinoamericanas.

Por ejemplo, el artículo 34 de la Ley de Honduras establece que, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, el acto administrativo es nulo, en los siguientes casos:

- a) Los dictados por órgano absolutamente incompetente;
- b) Aquéllos cuyo objeto sea imposible o configure un delito;
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido;
- d) Los que se emitan infringiendo las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados;
- e) Los de carácter general que infrinjan los límites señalados a la potestad reglamentaria.”

En Venezuela, también se sigue el sistema del *numerus clausus* en los vicios de nulidad, al disponer el artículo 19 de la Ley Orgánica que “los actos de la Administración son absolutamente nulos” en los siguientes casos:

- “1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
- 2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.
- 3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y;
- 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.”²²

En igual sentido está establecido en la Ley de Panamá (art. 52), en la Ley de Bolivia donde se habla de “nulidad de pleno derecho” (art. 35) siguiendo la terminología española, al igual que lo hace la Ley de República Dominicana, la cual incorpora en la enumeración, los actos dictados “carentes de motivación cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales” (art. 14); y el Código de Ecuador, que agrega entre otros, al acto que “resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código” (art. 105.6).

En la misma línea se destaca la Ley del Perú, cuyo artículo 10 al regular las causales de nulidad, establece que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- “1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.
- 3. Los actos expesos o lo que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición

²² Sobre el tema de las nulidades antes de la sanción de la Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, No. 1 (enero-marzo 1980), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 45-50.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”

Más recientemente, el listado de vicios de nulidad absoluta o de pleno derecho se ha completado en la Ley de El Salvador, en cuyo artículo 36 se indica que incurren en los mismos, cuando:

- “a) Sean dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados.
- c) Se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- d) Tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de los particulares actuaciones que resulten irreconciliables entre sí.
- e) Sean constitutivos de infracciones penales o se dicten como consecuencia de estas.
- f) Sean contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Sean dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una sentencia de la jurisdicción contencioso administrativo.
- h) Así lo determine expresamente una ley especial.”

Sin embargo, es de destacar que de estas enumeraciones quedarían fuera otras violaciones que también podrían constituir vicios de nulidad absoluta, como el error manifiesto en el acto. Un caso sería, por ejemplo, cuando se le hubiese otorgado un indulto a una persona que no debía ser indultada, de haberse sabido quien era. En ese caso habría un error de hecho, por lo que el acto sería nulo de nulidad absoluta.

En el caso argentino, la Ley es aún mucho más amplia en la precisión de los casos de vicios de nulidad absoluta, al señalar su artículo 14 que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos:

- “a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta;
- b) Cuando fuere emitido mediante incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.”

Se destaca en la enumeración de esta Ley, el vicio de nulidad absoluta por la *falta de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado*. Ésta, como se dijo, por ejemplo, no está en la enumeración de vicios de la Ley venezolana, pero evidentemente que constituye un vicio de nulidad absoluta, porque si la causa del acto es falsa o no existe, es decir, es falso el hecho o el derecho invocado, por supuesto que el acto debe estar viciado de nulidad absoluta.

Por ello, en la Ley de Panamá, entre los vicios que originan la “nulidad de oficio de una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros,” está el que se origina “cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla” (art. 62.2).

Todas las posibles carencias sobre casos de nulidad absoluta regulados en el derecho positivo, puede decirse que en general se encuentran ahora subsanadas, por ejemplo, en la más reciente Ley del Paraguay de 2021, en cuyo artículo 20 se dispone más ampliamente, que es nulo el acto administrativo en los siguientes casos:

- “a) Sanción expresa de nulidad para el caso, estatuida en la Ley.
- b) Acto administrativo dictado contra expresa prohibición de la Ley.
- c) Inexistencia del presupuesto de hecho, falta de causa o falsa causa. d) Actos que vulneren materias reservadas a la Ley.
- e) Incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio.
- f) Inobservancia total y absoluta del procedimiento exigido en la Ley, especialmente las relativas a la defensa del particular afectado.
- g) Inobservancia total y absoluta de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- h) Error manifiesto de hecho o de derecho, dolo o violencia, en cuanto hubiese determinado el pronunciamiento o desviado el acto de su correcta finalidad.
- i) Cuando el acto constituya un hecho punible o fuera consecuencia de éste.”

V. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS

La consecuencia del régimen de las nulidades absolutas de los actos administrativos es que la misma puede ser declarada por la Administración, en cualquier momento, es decir, los actos viciados de nulidad absoluta pueden siempre ser revocados de oficio por la Administración.

Como lo precisó la Ley española de Procedimientos Administrativos de 1958:

“Artículo 109. La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47.”

Previsión similar, por ejemplo (por supuesto sin la referencia al Consejo de Estado), está en la Ley de Chile (art. 53), en el Código de Ecuador (art. 108) y en la Ley de El Salvador (art. 118), en la cual, además, se regula un procedimiento detallado para la revisión de oficio (art. 119). En la Ley venezolana, sobre esto, se dispone:

“Artículo 83. La administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.”

En este supuesto podría hablarse de la existencia de un recurso administrativo sin plazo alguno de caducidad, para solicitar de la Administración el reconocimiento de la nulidad absoluta de sus actos (art. 81, Ley de Venezuela).

Como se ha dicho, el acto nulo de nulidad absoluta puede ser revocado por la Administración en cualquier momento, principio que también recogen la Ley argentina (art. 17); la Ley General de Costa Rica (art. 183,1); y la Ley del Perú (art. 202,1).

La Ley de Brasil establece un término de 5 años para que la Administración pueda ejercer esta potestad (art. 54); término que la Ley del Perú fija en 2 años (art. 202,4).

En el caso de Colombia, el Código dedica un título completo a la revocación de los actos administrativos, con diversas causales indicadas en el artículo 69, así:

“Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;
- 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

De esta norma surgen aspectos que deben precisarse. La “oposición manifiesta” a la Constitución debe consistir, por supuesto, en una oposición burda, grosera; pero la “oposición” a la ley abre un gran campo para que pueda haber infinidad de causas, lo que impediría que pudiera construirse totalmente el régimen de la nulidad absoluta. El segundo supuesto muestra una cláusula que podría originar gran discrecionalidad, por la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como el “interés público”; y la tercera y última causal también plantea un espectro muy amplio de posibilidades.

Otra norma que trae el Código Colombiano (art. 71) con respecto al tema de la revocación, establece que:

“La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se hayan acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado acto admisorio de la demanda.”

En contraste con esta norma, como dijimos anteriormente, según la legislación de Venezuela, la potestad revocatoria que tiene la Administración respecto de los actos nulos de nulidad absoluta, no se pierde por el hecho de que se haya intentado un recurso y este esté en proceso de decisión. Si el acto es nulo de nulidad absoluta y no ha creado derechos en favor de los administrados, la Administración puede corregir su error y no es necesario que se sujete a un proceso para eventualmente llegar al mismo resultado, que es la extinción del acto.

En la Ley del Perú también se establece por otra parte que:

“202.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4. En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.”

VI. ALGUNOS EFECTOS DE LAS NULIDADES

La declaratoria de nulidad de los actos administrativos origina una serie de situaciones y consecuencias jurídicas, las cuales resume la Ley de México al indicar en su artículo 5°, lo siguiente:

“El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado”.

Ahora bien, en esta materia y en términos generales, de las diversas leyes del procedimiento administrativo, resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, el acto administrativo viciado de nulidad absoluta no puede presumirse legítimo, por lo que la Administración no puede ordenar su ejecución. Es más, una vez declarado nulo, los funcionarios deben oponerse a su ejecución (art. 12.2, Ley del Perú). En cambio, si el vicio es de nulidad relativa rige el principio de la presunción de legitimidad del acto administrativo mientras lo contrario no sea declarado en vía judicial (art. 7 Ley mexicana). También como lo indica la Ley peruana, los administrados no están obligados al cumplimiento de un acto administrativo declarado nulo (art. 12.2).

Además, la ejecución de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta compromete la responsabilidad de los funcionarios ejecutores (arts. 169, 170 y 176, Ley General de Costa Rica; art. 12,3, Ley del Perú). En Venezuela, por ello, si se alega un vicio de nulidad absoluta al ejercerse un recurso administrativo, la Administración puede suspender la ejecución del acto (art. 87, Ley de Venezuela).

En *segundo lugar*, la nulidad absoluta es un vicio que afecta la totalidad del acto y no puede ser convalidado, por lo que el principio de la *conservatio actis* no rige para los casos de nulidad absoluta. La Ley de Honduras, sin embargo, indica, como principio, que la invalidez de una parte del acto no se comunicará a los demás, excepto en el caso de que estas dependan de aquéllas o resulte que, sin la parte viciada, el acto no habría sido dictado (art. 38). En igual sentido se regula en la Ley del Perú, así:

“13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales, no obstante, el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.”

En cambio, en general, la nulidad relativa puede afectar parcialmente un acto administrativo y en todo caso, puede ser convalidada (arts. 172 y 187, Ley General de Costa Rica; arts. 21 y 81, Ley de Venezuela).

El tema se regula expresamente en la Ley de Bolivia, en cuyo artículo 38, sobre “efectos de la nulidad o anulabilidad,” se dispone que:

I. La nulidad o anulabilidad de un acto administrativo, no implicará la nulidad o anulabilidad de los sucesivos en el procedimiento, siempre que sean independientes del primero.

II. La nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo acto que sean independientes de aquélla.”

En *tercer lugar*, la anulación de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, en principio, produce efectos *ex tunc*, es decir, tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha del acto; el cual se entiende como nunca dictado (art. 171, Ley General de Costa Rica; art. 12,1, Ley del Perú; Código de Ecuador, art. 107). En cambio, en principio, la anulación de un acto administrativo nulo relativamente produce efectos *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario del acto administrativo, a terceros o al interés público (art. 178, Ley General de Costa Rica).

Por otra parte, dada la naturaleza del vicio de nulidad absoluta, como lo establece el Código de Ecuador, “las personas no están obligadas al cumplimiento de un acto administrativo declarado nulo,” y “Los servidores públicos deben oponerse a la ejecución del acto nulo, motivando su negativa” (art. 108).

En *cuarto lugar*, en ciertos supuestos, la nulidad absoluta de los actos administrativos permite que se pueda solicitar su nulidad en vía jurisdiccional, en cualquier tiempo, como por ejemplo en los casos de violación de derechos y garantías constitucionales (art. 5º, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Venezuela), en cuyo caso no habría lapso de caducidad para intentar el recurso contencioso administrativo de anulación.

En cambio, el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, cuando se fundamente en vicios de nulidad relativa, debe intentarse en un lapso de tiempo determinado (por ejemplo, 6 meses, art. 32, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Venezuela), sin perjuicio de que con posterioridad pueda oponerse siempre la ilegalidad como excepción.

En *quinto lugar*, tratándose de vicios de nulidad absoluta, los mismos pueden ser apreciados de oficio por el juez contencioso-administrativo en el curso de un proceso. En cambio, en los casos de vicios de nulidad relativa, tienen que ser alegados por el recurrente para que puedan ser apreciados por el juez contencioso-administrativo.

En *sexto lugar*, algunas de leyes regulan expresamente los supuestos de convalidación, saneamiento y conversión de los actos administrativos cuando adolezcan de algunos de los vicios de nulidad relativa. En tal sentido, por ejemplo, lo regula la Ley argentina calificándose el procedimiento como “ratificación” (art. 19,1). Pero la convalidación se excluye en los casos de vicios de nulidad absoluta como expresamente se indica, por ejemplo, en la Ley de El Salvador (art. 36) y en el Código de Ecuador (art. 105)

En *séptimo lugar*, otra consecuencia de la nulidad es la responsabilidad del funcionario: si el acto es nulo de nulidad absoluta no puede considerarse ni ejecutivo ni ejecutorio ni se presume legítimo, por lo que su ejecución por el funcionario origina responsabilidad. Esta responsabilidad incluso está consagrada a nivel constitucional en aquellos casos de actos violatorios de derechos constitucionales (art. 25 Constitución de Venezuela). Por supuesto, esa nulidad absoluta tiene que constatarse, en estos casos, al revocarse el acto en vía administrativa o al anularse en vía judicial.

*La impugnación internacional del laudo arbitral por fraude procesal: especial referencia a la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba**

Mercedes Alicia Carrillo Zamora**

Doctora en Derecho

Resumen: *Ante las sobradas lagunas en materia de invalidez de sentencias arbitrales en el ámbito internacional, este estudio pretende profundizar acerca de los motivos por los cuales un Estado que esté sufriendo las secuelas de un proceso arbitral injusto, puede llegar a invocar la nulidad de una sentencia arbitral ante la Corte Internacional de Justicia. Se aborda la conveniencia de que un Estado perjudicado apoye su pretensión en base a un vicio de nulidad reconocido en diversas legislaciones internas que ofrece una mayor flexibilidad en materia probatoria: el fraude procesal. Al mismo tiempo, siendo el fraude procesal una figura desconocida en la práctica internacional, se plantea la posibilidad de que el Juez internacional acuda al Derecho Comparado y se sirva de las regulaciones que allí se contemplan en materia de nulidad de sentencias, a fin de confirmar la viabilidad de impugnar un laudo arbitral en base a dicha causal.*

Palabras Clave: *Arbitraje, laudo arbitral, impugnación, nulidad, fraude procesal*

Abstract: *Given the numerous lacunae in the area of nullity of international arbitration awards, this study seeks to examine in depth the reasons why a State suffering the consequences of an unfair arbitration procedure might eventually file with the International Court of Justice a motion to vacate an arbitration award. It discusses the advisability of a losing State supporting its claim based on an inexcusable defect, recognized in different domestic legislation that allows greater evidentiary flexibility: procedural fraud upon the court. While procedural fraud has not been defined at the international level, it is proposed that the International Court refer to comparative law and the rules thereof pertaining to the nullity of judgments in deciding the feasibility of challenging an arbitration award on the grounds of procedural fraud.*

Key words: *Arbitration, arbitration award, challenge, nullity, procedural fraud.*

* Este trabajo es una reproducción del originalmente publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (RJUAM), No. 17, 2008, pp. 75- 101, y en la *Revista Jurídica Argumentum, Revista de Direito*, No. 10, Marília, Brasil, 2009, pp. 39-68. Las opiniones expresadas y conclusiones alcanzadas en el presente artículo, escritas en 2006 y publicadas en 2008 y 2009, por tanto, pertenecen a la autora, y no representan la posición de la Organización de los Estados Americanos (OEA); su Secretaría General, o de cualquier Estado miembro de la OEA

** Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. En la actualidad (2023) Oficial Jurídico del Departamento de Inclusión Social y Secretaría del Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Correo electrónico: m.carrillozamora@gmail.com

SUMARIO

I. EL FRAUDE PROCESAL Y SU VINCULACIÓN AL CONFLICTO DE LA GUAYANA ESE-
QUIBA

1. *Nociones generales de fraude procesal.* 2. *Sobre el modo de diagnosticar al fraude procesal.* 3. *Sobre el proceder del Tribunal Arbitral que decidió los límites de Venezuela y la Guayana Británica y su adecuación a la figura del fraude procesal.* A. La posición previa de Gran Bretaña como “labor preparatoria” del fraude procesal. B. La posición de Martens y Gran Bretaña en el transcurso del arbitraje. Se consuma el fraude procesal

II. LA IMPUGNACIÓN INTERNACIONAL DEL LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESAL

1. *Sobre el carácter de “res iudicata” de la sentencia arbitral.* 2. *Admisibilidad de la demanda de nulidad por fraude procesal.* 3. *La necesaria inducción del orden jurídico interno para determinar el alcance del fraude procesal.* 4. *Fraude procesal en un proceso arbitral?*

III. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto histórico de las Relaciones Internacionales de finales del siglo XIX, América Latina fue el ámbito espacial por excelencia en la implementación del arbitraje como medio de solución de controversias territoriales.

Muchos han sido los esfuerzos llevados a cabo mediante la celebración de instrumentos internacionales por regularizar el arbitraje y establecer los principios de derecho sobre el cual esta institución debe apoyarse. Entre ellos se encuentran, por ejemplo:

- El Tratado de Arbitraje Obligatorio de 1902 para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos.
- La Convención de La Haya de 1907 sobre solución pacífica de controversias
- La Convención General de Conciliación Interamericana de 1929
- El Tratado relativo a la Prevención de Controversias de 1936
- El Tratado Americano de Solución Pacíficas de Controversias (Pacto de Bogotá), de 1948

Asimismo, contamos en la actualidad con los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional la cual, en su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral*, contempla significativas directrices a seguir en la práctica arbitral internacional.

No obstante, la amplia gama de instrumentos señalados, una de las cuestiones que ha sido objeto de mayor polémica respecto a su admisión y posterior regulación corresponde al tema de la *invalidéz de las sentencias arbitrales*. En la actualidad, ante la ausencia de instancias jurisdiccionales a través de las cuales un Estado pueda apelar una sentencia arbitral contraria a derecho, existe la posibilidad de acudir a ciertas vías que procuran proteger la seguridad jurídica que debe seguir al arbitraje, a saber, los procedimientos de *revisión*, *interpretación* y *nulidad* de la sentencia arbitral.

Las *Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre solución pacífica de controversias* regularon ambas, en su Título IV, Capítulo III, todo lo concerniente a los procedimientos de interpretación y revisión de las sentencias arbitrales. Sin embargo, en lo tocante al tema de la nulidad de la sentencia arbitral el Derecho Internacional ha tenido mayores problemas para establecer una regulación positiva al respecto, toda vez que entran en juego cuestiones tan importantes como el principio de la cosa juzgada, las atribuciones de los árbitros o la ausencia de jerarquización en el orden internacional.

Esto ha traído como consecuencia que sea básicamente la misma jurisprudencia y la práctica internacional quienes arrojen los elementos a tomar en cuenta para la interposición de una demanda de nulidad de la sentencia arbitral, todo lo cual induce a confusión e incertidumbre debido a la indeterminación de las causas de nulidad de las sentencias arbitrales o a la imprecisión de su contenido.

Visto lo anterior, se considera menester profundizar acerca de los motivos por los cuales un Estado (especialmente aquellos que estén sufriendo las secuelas de procesos arbitrales injustos acaecidos a finales de siglo XIX) puede llegar a invocar la nulidad de una sentencia arbitral en el marco del Derecho Internacional actual. La importancia de este tema radica en que, si bien gracias al arbitraje gran parte de los países latinoamericanos pudieron definir satisfactoriamente sus fronteras, la realidad es que no sucedió lo mismo con respecto a determinados conflictos limítrofes de los cuales inclusive algunos permanecen hasta la fecha sin solución definitiva. En efecto, véanse por ejemplo las situaciones desencadenadas a raíz del mantenimiento de casos no resueltos como el de la reclamación guatemalteca del territorio de Belice; la controversia entre Colombia y Nicaragua por las islas de San Andrés y Providencia; la controversia limítrofe entre Venezuela y Gran Bretaña (sucedida luego por Guyana) sobre el territorio de la Guayana Esequiba, entre otros.

Dado a las sobradas lagunas en materia de impugnación de laudos arbitrales fraudulentos se plantea la necesidad de que pueda el juez internacional acudir en ciertos casos al Derecho Comparado y servirse de las regulaciones que allí se contemplen en materia de nulidad de sentencias de modo que aquellas situaciones previstas en los ordenamientos jurídicos internos como invalidantes de una sentencia, puedan ser extrapoladas al ámbito internacional legándose a subsanar así la falta de regulación al respecto.

Dicho planteamiento ha sido desarrollado en busca de una solución alterna a una controversia que data de la época del colonialismo y a cuya solución increíblemente no se ha podido llegar debido a las significativas deficiencias del sistema arbitral. Se trata de la controversia que resolvió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica en relación al territorio de la Guayana Esequiba.

Tomando en cuenta la persistente contención venezolana al laudo de 1899 que la despojó de casi 160.000 Km² de territorio, se aborda la conveniencia de que Venezuela, como Estado perjudicado, acuda ante la Corte Internacional de Justicia y apoye su pretensión en base a un vicio reconocido en diversas legislaciones internas como susceptible de causar la nulidad de una sentencia y el cual, a su vez, ofrece una mayor flexibilidad en materia probatoria: el fraude procesal.

Lo que se plantea entonces es la posibilidad de acudir al arreglo judicial contemplado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, pero no para resolver el fondo de la controversia limítrofe en sí sino para solventar la controversia sobre la validez de la sentencia de 1899 e impugnar así el carácter de *cosa juzgada* en el cual se apoya el gobierno guyanés para no ceder en su posición. De este modo, conforme a lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 37 de su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral de 1958*, una vez que el laudo de 1899 sea declarado nulo y se recupere el *status quo* de 1897 (fecha en que se inició el arbitraje anglo-venezolano), la disputa limítrofe sobre el territorio de la Guayana Esequiba podría ser sometida a otro tribunal, originándose así para Venezuela una nueva oportunidad para hacer valer sus derechos y exigir justicia.

I. EL FRAUDE PROCESAL Y SU VINCULACIÓN AL CONFLICTO DE LA GUA-YANA ESEQUIBA

1. *Nociones generales de fraude procesal*

Se cree que para hacer efectiva la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba, el primer paso a dar debe ser el invocar la nulidad del laudo de 1899 pero con fundamento al fraude procesal acaecido en el arbitraje que decidió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica. Pero ¿qué es exactamente el fraude procesal? Según el autor Christian Pacheco:

“El empleo del proceso judicial, por uno cualesquiera de los que en él intervienen, a fin provocar en el juzgador un error de hecho y de derecho, lo cual conduce a un resultado ilícito contrario tanto a la ley procesal, como a la sustantiva, resultado que se materializará y proyectará a través de una resolución judicial que pase en autoridad de cosa juzgada, ya sea una sentencia, o acto homologatorio de un acuerdo procesal y que tendrá consecuencias normales de beneficio propio o ajeno y un perjuicio para una de las partes o un tercero.”¹

Dentro del ámbito jurídico venezolano la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con escasos antecedentes, también ha definido lo que se debe entender por fraude en el ámbito procesal. Así, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, ha proclamado, en relación a este tema, lo siguiente:

“El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, **a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero.** Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante (...) o por el concier-to de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; **o perjudicar concretamente a una de la partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente.**”² (El resaltado es propio).

Conviene distinguir entre el fraude en perjuicio de la ley y el fraude procesal en perjuicio de las partes intervinientes en el proceso o los terceros. El fraude a la ley puede ser entendido como “*el acto jurídico en sí mismo válido que se otorga con la exclusiva finalidad de evitar la aplicación de una ley imperativa o prohibitiva y que por ese motivo es anulado en ciertos casos por la ley o la jurisprudencia*”³.

Un ejemplo concreto de este primer supuesto puede ser el establecimiento de un juicio cuya causa sea supuestamente la enajenación de un bien, con el objeto real de escapar a los acreedores que, según la ley, puedan haber ejercido sus acciones sobre dicho bien para satisfacer sus derechos; o la donación disfrazada entre cónyuges con el objeto de escapar a la regla de la revocabilidad⁴.

¹ Pacheco Valderrama, Christian; *Fraude Procesal*. Chile, Editorial Congreso, 1998, p. 113

² GOVEA & BERNADON; *El Fraude Procesal ante la Acción Autónoma de Nulidad se y el Amparo Constitucional*. En: Nueva Jurisprudencia. Caracas, Editorial La Semana Jurídica, Año 1, No. 11, Septiembre 2000, p. 6

³ CAPITANT; Vocabulario Jurídico. En: Gelsi Bidart, Adolfo; *Noción de Fraude Procesal*. Madrid, Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Nesa No. I, 1970, p. 27

⁴ Cfr. Gelsi Bidart, Adolfo. *Ob. cit.*, p. 26

Por su parte, el fraude procesal en perjuicio de una de las partes o terceros es el que resulta de un conjunto de artimañas y maquinaciones desplegadas a lo largo del proceso, que sustituyen la verdadera causa del mismo por otra causa, tendentes a la obtención de un provecho ilícito en perjuicio de alguno de los intervinientes dentro del proceso.

2. *Sobre el modo de diagnosticar al fraude procesal*

Tomando como referencia la definición que sobre el fraude procesal elaboró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela citada anteriormente, puede inferirse que, con respecto al arbitraje realizado entre Venezuela y Gran Bretaña, basándose esta figura en el conjunto de maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, por la mala fe de uno o más sujetos procesales, destinados a impedir la eficaz administración de justicia, en perjuicio del juez o de la otra parte procesal, estaríamos en presencia indiscutiblemente de un caso de fraude procesal. ¿Pero qué tipo de fraude procesal exactamente?: se trata de un fraude procesal bilateral, cometido dentro del proceso. Dicho tipo de fraude se corresponde con la figura de la colusión, que es el acuerdo ilícito de dos o más sujetos procesales en perjuicio de otro en donde la simulación viene a ser el instrumento defraudativo⁵.

En el proceso arbitral objeto de estudio, tomando como base toda la argumentación aportada por el gobierno venezolano y la doctrina relacionada puede decirse que, de resultar verdaderos todos los alegatos expuestos (y aclaro, no se puede afirmar hasta ahora que tal argumentación sea verdadera, ni es el objeto de este análisis determinararlo), se estaría en presencia de un claro caso de colusión entre el Tribunal Arbitral y Gran Bretaña (a través de sus representantes evidentemente), en perjuicio de Venezuela.

¿Pero cómo podría probarse esto? Tal y como señala hasta con humor el Profesor Piero Calamandrei, acreditar la existencia de fraude procesal, en especial si se trata de un fraude bilateral en el que gran parte de las actuaciones procesales han sido simuladas, implica la carga de probar la inexistencia de una serie de actuaciones abstractas, lo cual constituye “no una prueba diabólica, sino una prueba superior a todas las potencias infernales”⁶.

Si bien tanto la doctrina como las leyes adjetivas de diversos Estados han establecido un conjunto de principios, obligaciones y facultades tanto para el juez como para las partes para prevenir el fraude procesal (por ejemplo, las facultades del juez en su actividad rectora del proceso por las cuales puede tomar las medidas que considere necesarias para hacerse de un mejor criterio; o el deber de las partes en actuar con lealtad y probidad; o la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, etc.), lo cierto es que, una vez que el fraude se presenta como bilateral y más aún, si en este participa el órgano jurisdiccional, resulta sumamente complicado comprobar el conjunto de maquinaciones y artificios desplegados en el proceso.

No obstante, conviene señalar las palabras del Profesor Estévez quien aporta soluciones al respecto al afirmar que ha de observarse siempre la actitud de los potenciales sujetos activos del fraude ya que esta será determinante. Esta actitud varía según se trate de fraude unilateral o bilateral; según la simulación empleada, que puede ser anterior o posterior al proceso; según se trate de aportar hechos inexistentes o de amañarlos de modo que se tergiversa la decisión, entre otros. Pero en todo caso, todas las conductas fraudulentas tienen un mismo punto de partida en común, que es la “*labor preparatoria previa*”.

⁵ Cfr. Estévez, José Lois; *Teoría del fraude en el Proceso Civil*. Santiago de Compostela, Editorial-Librería Porto, 1948, p. 85

⁶ Calamandrei, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. T. I. Traducido por: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 405

En otras palabras, el fraude siempre se proyecta, mas nunca se improvisa; siempre requiere de un acuerdo previo que delimite el plan a seguir en el proceso⁷.

Sin duda, la mejor forma en que puede probarse la colusión dentro de un proceso sería mediante la aportación de una “contradecларación” o del “*pactum simulationis*” al que se refiere el Profesor Estévez, y en nuestro caso de estudio, esta contradecларación se asimilaría al acuerdo suscrito que (según la doctrina y el gobierno de Venezuela) pudieron haber firmado el juez Martens en nombre de Rusia y los jueces británicos en nombre de Gran Bretaña, en donde se revelen las compensaciones recíprocas secretas que ambas potencias acordaron a expensas de Venezuela.

Ante la evidente dificultad para conseguir este documento no por ello la reclamación venezolana sobre la nulidad del laudo de 1899 ha de estar perdida ya que, como se verá, existen diversos “*factores indiciarios*” desarrollados por el Derecho Comparado y por la doctrina mayormente a los que puede llegar a acudir para diagnosticar al fraude procesal.

En este sentido, el profesor Estévez esquematiza los indicios del fraude procesal bilateral del siguiente modo⁸:

- Durante el período extraprocésal del fraude bilateral los indicios pertinentes para su diagnóstico se encuentran todos ligados a un elemento subjetivo como lo es el vínculo de confianza, amistad, complicidad, o la gratitud que exista entre las partes. En efecto, no se podría pensar en la posibilidad de que las partes puedan celebrar un “*pactum simulationis*” sin que exista entre ellas un marcado nivel de confidencialidad o cercanía.

- Durante el período intraprocésal del fraude bilateral los indicios de los cuales puede valerse el juez para diagnosticar el fraude son entre otros: la sorprendente ineficacia jurídica de las alegaciones de una parte; la abundancia de documentos quirografarios (no reconocidos por autoridades públicas); el uso del contradictorio para la discusión de asuntos de escasa importancia; las excepciones no se oponen o resultan inviables; se percibe cierta complicidad entre las partes; si existe violencia verbal entre las partes, se puede entrever la falsedad; hay un desinterés de las partes en la investigación oficial de los fundamentos de la litis, entre otros.

En nuestro caso de estudio puede llegar a afirmarse que la naturaleza de las relaciones entre Rusia y Gran Bretaña así como la ideología y el proceder de los árbitros pueden considerarse todos como significativos indicios para pensar que el laudo de 1899 fue consecuencia de un procedimiento arbitral fraudulento en virtud de un posible acuerdo político celebrado entre Rusia y Gran Bretaña en el cual ambas potencias se hicieron recíprocas concesiones en perjuicio de Venezuela.

3. *Sobre el proceder del Tribunal Arbitral que decidió los límites de Venezuela y la Guayana Británica y su adecuación a la figura del fraude procesal*

A. *La posición previa de Gran Bretaña como “labor preparatoria” del fraude procesal*

El día 12 de noviembre de 1896 Estados Unidos y Gran Bretaña firmaron las bases del Tratado de Arbitramiento que decidiría los límites entre Venezuela y la Guayana Británica. No obstante, ya con anterioridad a la firma de este tratado empezarían a suscitarse una serie de irregularidades en perjuicio de Venezuela promovidas por representantes del gobierno

⁷ Cfr. Estévez, José Lois. *Ob. cit.*, p. 114

⁸ *Ibidem*, p. 116

británico, según consta en los archivos históricos recopilados por el gobierno venezolano. En efecto, conviene señalar en este caso tres importantes documentos ordenados cronológicamente que respaldan las anteriores afirmaciones:

- En primer lugar merece la pena resaltar la nota del 12 de agosto de 1896 del Ministro de Relaciones de Gran Bretaña, Lord Salisbury, al Ministro de Colonias en Gran Bretaña, Lord Chamberlain, en la que se revela la manifiesta preocupación del gobierno británico en asegurarse una “conveniente” constitución del tribunal arbitral que decidiría la controversia anglo-venezolana. En dicha nota Lord Salisbury expresa la necesidad de evitar a toda costa que se integrara al tribunal arbitral algún miembro con ideas “anglofóbicas”. Afirma la conveniencia de no designar como presidente del tribunal a ningún jurista de nacionalidad española, portuguesa u holandesa y, asimismo, sostiene que ni los italianos ni los belgas eran muy amigos de los ingleses; que los franceses, alemanes y rusos eran demasiado hostiles, que los suizos no apoyaban el régimen monárquico y, por ende, una correcta elección del presidente del tribunal arbitral debía recaer sobre un sueco o un danés debido a “*la imparcialidad de sus países.*”⁹

- En segundo lugar, está la nota del 29 de octubre de 1896 del Secretario de Estado de Estados Unidos, quien a la vez fue designado por el Presidente Cleveland para negociar por Venezuela, Richard Olney, a Sir Julián Pauncefote, Embajador británico en Washington, en la que Olney señala, dentro del contexto de las negociaciones de las bases del Convenio de Washington, lo siguiente:

“(…) Es muy conveniente, según creo, que no se le dé al Acuerdo de 1850 ningún status en la letra misma del Convenio, ni siquiera por medio de una referencia, mucho menos intentando definir su extensión y significado. Si se intenta interpretarlo, esto nos envolvería en un prolongado debate que pospondría indefinidamente la obtención del fin que ahora tenemos en mente.”¹⁰

Este acuerdo de 1850 al que se refiere Olney es el que firmaron Venezuela y Gran Bretaña en el que se comprometen a no ocupar el territorio disputado desde 1840 a raíz de la publicación de la línea Schomburgk extendida. La exclusión por completo de algo tan importante como lo era el compromiso anterior acordado por las partes en no ocupar el territorio reclamado se explica en base al interés británico de alegar la prescripción adquisitiva a la que se refiere el artículo IV del Convenio de Washington como un título legítimo sobre el territorio disputado. Pero lo cierto es que era totalmente ilógico hablar de prescripción habiendo un acuerdo de por medio que prohibía la ocupación del territorio, por lo tanto, la ocupación inglesa no podía ser invocada como título cuando ésta no era una posesión legítima, pacífica, ni contaba con todos requisitos para poder ser adquisitiva.

- En tercer lugar, está la nota del 8 de diciembre de 1896 del Embajador británico en Washington, Julián Pauncefote al Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, Lord Salisbury luego de haberse concluido las bases del Convenio de Washington. En esta nota, Pauncefote, luego de negociar con Olney las bases del Convenio, comenta lo siguiente:

“No hay peligro de que el Señor Olney preste oídos, ni por un momento, a los aullidos venezolanos pidiendo una modificación de nuestros términos de arbitraje. (...) Puede aparecer injusto que haya dos ingleses de nuestra parte y ningún venezolano de la otra, pero los venezolanos aceptaron estar representados por los Estados Unidos, y yo ciertamente entendí que la

⁹ Gros Espiell, Héctor; *Estudio Preliminar de la Obra de Federico de Martens “Rusia e Inglaterra en Asia Central”*. Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1981, p. 22.

¹⁰ Public Record Office (London) F.O 80/375. En: Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; *La Reclamación Esequiba. Documentos*. Caracas, 1984, p. 182

cuestión sería arbitrada precisamente como si la controversia fuera entre Gran Bretaña y EE.UU., por la razón, entre otras, que no conocemos un jurista venezolano digno de ese nombre, o a quien nosotros consentiríamos que le fuera confiada la función de Árbitro en este caso.”¹¹ (El resaltado es propio).

Ciertamente, Venezuela fue menospreciada al desconocérsele su derecho de que sus propios juristas pudieran formar parte del jurado en un arbitraje de tan vital importancia para ella. Según informes presentados al gobierno de Venezuela, los árbitros ingleses se pronunciaron en términos como estos: “no estaban dispuestos a sentarse junto a un jurista mestizo, con olor a trópico”¹².

No se puede desconocer el carácter vergonzoso de declaraciones como estas ni mucho menos la injusticia cometida en la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, me atrevo a afirmar que más que por motivos racistas o discriminatorios, la principal justificación de la exclusión de Venezuela en el tribunal arbitral se debió al interés de salvaguardar la consecución de los fines fraudulentos que ya con anterioridad se plantearon los ingleses realizar durante el arbitraje, los cuales evidentemente no podrían ser negociados con representantes venezolanos mientras que los estadounidenses se mostrarían, como en efecto lo hicieron, más flexibles ante una negociación.

En otro orden de ideas, aún a pesar del planteamiento inicial de Lord Salisbury en su nota del 12 de agosto de 1896 en la cual expresaba la inconveniencia de designar a un árbitro ruso por la hostilidad de sus compatriotas frente a Inglaterra, se estima que las buenas relaciones existentes entre Sir Julián Pauncefote, Embajador británico en Washington, y el Profesor Federico de Martens fueron determinantes en la designación de este último como presidente del tribunal¹³. En efecto, ambos juristas habían participado en la *Conferencia Internacional de Paz de La Haya* con anterioridad a la creación del Convenio de Washington de 1897 y, una vez que la Conferencia comienza sus labores en mayo de 1899, 5 meses antes de producirse el laudo que resolvería los límites entre Venezuela y la Guayana Británica, ambas personalidades mantenían un continuo contacto.

Los ingleses sabían perfectamente cuáles eran las ideas de Martens que estaban plenamente recogidas en su obra “*Rusia e Inglaterra en Asia Central*” publicada en 1879, en la cual Martens promovía una política de cooperación anglo-rusa justificada en la “misión especial” que les había sido encomendada por “Dios” para conquistar y posteriormente civilizar a los pueblos “semi-bárbaros” de Asia a los cuales de seguro se le asemejaba Venezuela¹⁴. Para Martens, dado a que el Derecho Internacional le era exclusivo a las naciones civilizadas, éstas, por lo tanto, no podían hacer menos que asumir la tarea de inculcar a las tribus y a los pueblos de Oriente, África y Latinoamérica, las ideas de Derecho y los principios benéficos que habían puesto a los pueblos de Europa a la cabeza de la civilización¹⁵. No obstante, el autor prefiere naturalmente centrar su estudio en las naciones semi-salvajes de Asia Central, en virtud de las posesiones que Rusia tenía en dicho continente, y estando las posesiones

¹¹ Christ Church College (Oxford), Salisbury Papers A/139, f.141. En: Ministerio de Relaciones Exteriores; *Reclamación de la Guayana Esequiba. Documentos*. Caracas, 1967, p.180.

¹² Ministerio de Defensa de Venezuela; *El Litigio de la Guayana. Revelación de los papeles de los “Árbitros” que habían permanecido ocultos en archivos ingleses*. Oficina de Publicaciones del Estado Mayor Conjunto, Caracas, 1965, p. 13.

¹³ Cfr. Gros Espiell, Héctor; *Estudio Preliminar...Ob. cit.*, p. 23.

¹⁴ Cfr. Ministerio de Defensa de Venezuela. *Ob. cit.*, p. 4.

¹⁵ Cfr. Gros Espiell, Héctor; *Estudio Preliminar...Ob. cit.*, p. 57.

rusas (Afganistán entre otras) considerablemente próximas a las posesiones inglesas (India por ejemplo), Martens advierte en la necesidad de promover un contacto directo entre ambas posesiones, como forma de incrementar la influencia positiva en las relaciones de estas dos potencias.

En este sentido, Martens sostiene la tesis de que, siendo las dos potencias vecinas en Asia Central, éstas no podrían defender mejor sus intereses sino mediante el respeto recíproco de sus intereses individuales. Así mientras, por un lado, la vecindad entre dichas naciones debía inspirar al gobierno inglés al más grande respeto de los derechos de Rusia, esta última, por su parte, debía descartar toda idea hostil a los intereses británicos en Asia¹⁶. Así pues, la misión de ambas naciones en Asia Central les imponía a su vez los deberes de actuar de común acuerdo frente a los países asiáticos, a defender sus conquistas hechas en nombre de la “civilización y de la humanidad” y, en definitiva, a no perder de vista el “*papel sublime que la Providencia divina les ha impuesto para el bien de las naciones semisalvajes y bárbaras de esta parte del mundo*”¹⁷.

A medida en que más se incrementase el sentimiento de solidaridad entre Rusia e Inglaterra, más se defendieran recíprocamente sus intereses, y más intensa fuese su cooperación en su misión civilizadora, más sólidas serían por ende las bases de sus dominios y más eficaces las garantías de paz en Europa y Asia¹⁸.

En definitiva, las relaciones existentes entre Martens y Pauncefote aunadas al pensamiento propio del Profesor Martens, les aseguraba de antemano a los ingleses un voto favorable y sobre todo determinante en la decisión de la controversia anglo-venezolana. Esta conveniencia constituye a mi juicio una “labor preparatoria” del fraude que se disponían a cometer los ingleses, en principio unilateral, pero luego, una vez que se suma la intervención del presidente del tribunal, Federico de Martens, actuando en defensa de su doctrina y de sus propios intereses, es cuando se configura la colusión entre una de las partes y el órgano jurisdiccional, a saber, entre Rusia y Gran Bretaña, en perjuicio de Venezuela.

B. *La posición de Martens y Gran Bretaña en el transcurso del arbitraje. Se consuma el fraude procesal*

Conforme a los artículos 3 y 4 del Tratado de Washington de 1897 los árbitros estaban obligados a decidir la cuestión de los límites entre Venezuela y la Guayana Británica conforme a la verdad, debiendo investigar y cerciorarse de todos los hechos necesarios para la decisión de la controversia. A lo largo de 4 meses, de junio a octubre de 1899, el tribunal arbitral estuvo reunido en París, en una sala del Palacio del Quai D’Orsay. Allí se realizaron en total 58 sesiones en las que los abogados de Venezuela y Gran Bretaña debatieron sus argumentos (6 en junio, 13 en julio, 17 en agosto y 18 en septiembre). El día 27 de septiembre de 1899 culminaron los debates de los abogados y, según el artículo 10 del Convenio de Washington, a partir de esta fecha, el Tribunal Arbitral dispondría de un período de noventa días para tomar su decisión.

¹⁶ Martens, Federico; *Rusia e Inglaterra en Asia Central*. Traducción y Estudio Preliminar de Héctor Gros Espiell. Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1981, p. 151

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹⁸ *Idem*.

Resulta sorprendente sin embargo ver cómo le bastó 6 días al Tribunal para preparar una sentencia que, en teoría, debía estar basada en el análisis de más de tres mil documentos, y con una bibliografía que se calcula en unos cien volúmenes¹⁹.

La sentencia resultante establecía una línea divisoria en un 90% favorable a las pretensiones británicas sobre el territorio en disputa.

En el discurso del presidente del tribunal arbitral, Federico de Martens, el 3 de octubre de 1899, fecha en que el tribunal dictase el laudo, refiriéndose a la decisión de los árbitros, se expresa en lo siguiente:

*“En este caso, hemos tenido la gran felicidad de tener la unanimidad de los árbitros sobre todos los puntos de la sentencia, sin ninguna reserva. (...) Permitidme creer que en los conflictos internacionales solucionados por el arbitraje esta unanimidad es un bien inmenso. Es un hecho que es necesario afirmar y proclamar, es un ideal hacia el que hay que tender. Para las potencias en litigio una sentencia acordada por mayoría de votos tiene indudablemente fuerza legal. Pero la fuerza moral de una sentencia arbitral unánime es de un valor incalculable. Si en el dominio de las relaciones internacionales el derecho no siempre prima, es sobre la moral que debe, necesariamente imponerse.”*²⁰ (El resaltado es propio).

Pues bien, cabe destacar que esta unanimidad a la que llegaron los árbitros constituye el punto de partida de las incontables críticas que se han formulado en torno a la inexplicable decisión del tribunal arbitral. Tanto la doctrina, la opinión pública en general, los representantes del Gobierno de Venezuela, e inclusive uno de los mismos árbitros ingleses se han pronunciado ininidad de veces concluyendo que tal unanimidad alcanzada en la decisión arbitral no era sino el resultado de un pacto o acuerdo político llevado a cabo entre el presidente del tribunal Federico de Martens con los demás árbitros, coaccionados estos últimos por aquél.

Sobre el particular, conviene señalar en orden cronológico tan solo algunas de las más importantes declaraciones que han sido recopiladas a lo largo de estos años por el trabajo de personas adeptas a la reclamación venezolana (abogados, periodistas e historiadores) con base en las cuales Venezuela sustenta su posición acerca de la nulidad del laudo de 1899.

- La primera de las declaraciones producidas luego de que el tribunal se pronunciara es la de la esposa del ex Presidente norteamericano Benjamín Harrison, quien fuese uno de los abogados de Venezuela en el proceso arbitral:

“Diario de la Sra. Harrison. París 3/X/1899.

Esta mañana el Tribunal fue convocado para oír la decisión. Fue exactamente lo que se podía haber esperado; cuando Inglaterra vaya a devolver algo que retiene aún dudosamente, será el fin del mundo. Algo de lo que tomó ha concedido, pero en los alegatos se demostró que mucho no lo poseía legalmente. Todos nos hallamos más bien furiosos. Rusia era el quinto en el Tribunal, y es su diplomacia ponerse del lado de Inglaterra (...)”²¹

- La segunda de las declaraciones producidas y que constituye un documento relevante en la oposición venezolana al laudo, es la nota del 7 de octubre de 1899 de Lord Russell, quien fuese uno de los árbitros ingleses, a Lord Salisbury, Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña quien ya con anterioridad reflejaba su intriga respecto a la causa venezolana.

¹⁹ Cfr. Ministerio de la Defensa de Venezuela. *Ob. cit.*, p.13.

²⁰ Gros Espiell, Héctor; *Estudio Preliminar...Ob. cit.*, p. 35

²¹ Biblioteca del Congreso (Washington). Harrison Mss. Serie XIII, Caja 4.

En esta nota, cuya existencia se desconocía hasta su publicación en 1979, Russel expresaba lo siguiente:

*“I must say here that in one very important respect L.J. Collins and I were grievously disappointed by the attitude assumed by Mr. Martens. He had up to this, shown that he had a good grasp of the legal question involved and of the facts, but having expressed his opinion on the governing principle rigidly and fearlessly, seemed to cast about for lines of compromise and to think that it was his duty, **above all else**, to secure, if he could, a **unanimous** award. I am sorry to be obliged further to say that he intimated to J.L. Collins, in a private interview, while urging a reduction of the British claims, that if we did not reduce them he might be obliged in order to secure the adhesion of the Venezuelan Arbitrators to agree to a line which might not be just to Great Britain. I have no doubt he spoke in an opposite sense to the Venezuelan Arbitrators, and fear of possible a much worse line was the inducement to the them to assent to the Award in its present shape. However this may be I need not say the revelation of Mr. De Martens state of mind was most disquieting.”²²*

- En sentido cronológico, la tercera declaración más próxima a la fecha del laudo es la que proviene de otro de los norteamericanos que fue abogado de Venezuela en el arbitraje, a saber, el primer memorando de Severo Mallet-Prevost del 26 de octubre de 1899 dirigido al historiador George Lincoln Burr en las que el abogado responde a las sospechas de fraude en el Tribunal Arbitral por parte del historiador:

“Mi querido Profesor Burr:

A mi regreso de Europa he encontrado su carta del 3 de Octubre. Es una larga historia que no trataré de contarle ahora. Quisiera disponer de una hora para conversar con Ud. sobre este tema. Sé que es imposible, pero prometo escribirle pronto. Tengo, como Ud. puede imaginarse, las manos muy ocupadas por el momento.

La decisión le fue impuesta a nuestros árbitros y, en estricta confidencia, no tengo la menor duda en decirle que los Árbitros Británicos no fueron llevados por consideración alguna de derecho o justicia y que el Árbitro Ruso fue probablemente obligado a tomar la decisión que tomó por razones totalmente ajenas a la cuestión. Sé que esto abrirá su apetito, pero no puedo hacer más por los momentos. El resultado es, en mi opinión, un golpe al arbitraje”²³ (El resaltado es propio).

- Otra declaración posterior que conviene citar es la del ex Presidente norteamericano Harrison, representante de Venezuela en el proceso arbitral, dirigida a William E. Dodge, del 15 de enero de 1900:

“Con respecto al consejo de Lord Russell de que debería procederse con espíritu judicial en estos asuntos, lo único que tengo que decir es que ni él ni sus colegas británicos practicaron tan buena doctrina. Podría contar, pero no por escrito, algunos incidentes que le sorprenderían (...). En controversia entre individuos, los Tribunales ingleses suelen ser notablemente justos e independientes, pero cuando se trata de extender el dominio de Gran Bretaña, y sobre todo cuando están de por medio, terrenos donde hay oro es demasiado esperar de ellos.

²² Hatfield House, Herts, Papers of 3rd. Marquess of Salisbury, Vol. A/94, Doc. No. 2, Accuracy of transcription verified by Mr. R. Harcourt Williams, Librarian and Archivist to the Marquess of Salisbury. Citado por: GILLIS WETTER, J.; *The International Arbitral Process*. Vol. III. Oceana Publication, Inc, Dobbs Ferry, New York, 1979. En: GROS ESPIELL, Héctor; *Estudio Preliminar... Ob cit.*, p. 28

²³ Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; *La Reclamación... Ob. cit.*, p. 163

La decisión en el caso de Venezuela, como un compromiso, dio a Venezuela los puntos estratégicos, pero la despojó de una inmensa parte de territorio que un tribunal imparcial le habría adjudicado, y de ello no me cabe ninguna duda.”²⁴

- Y por supuesto, resulta imposible no mencionar aquí al que constituye quizá el documento más importante dentro de la contención venezolana al laudo: el también memorando de Severo Mallet-Prevost (abogado de Venezuela en el arbitraje), de fecha 8 de febrero de 1944 y que es publicado por su socio, Dr. Otto Shoenrich, en julio de 1949:

“Cuando entré al departamento en donde me esperaban los árbitros americanos, el Juez Brewer se levantó y dijo muy excitado: ‘Mallet-Prevost, es inútil continuar por más tiempo con esta farsa pretendiendo que nosotros somos jueces y usted abogado. El Magistrado Fuller y yo hemos decidido revelarle confidencialmente lo que acaba de pasar. Martens ha venido a vernos. Nos informó que Russel y Collins -los árbitros ingleses- están dispuestos a decidir a favor de la línea Schomburgk, que partiendo de Punta Barima en la costa, daría a la Gran Bretaña el control de la boca principal del Orinoco; y que, si nosotros insistimos en comenzar la línea partiendo de la costa en el Río Moruca, él se pondría del lado de los británicos y se aprobará la línea Shomburgk como la verdadera frontera. *Sin embargo, Martens estaba ansioso de lograr una sentencia unánime.* Lo que Martens proponía era que la línea en la costa comenzara a cierta distancia al sudeste de Punta Barima, de modo de dar a Venezuela el dominio de la boca del Orinoco y que esta línea se conectase con la línea Shomburgk a cierta distancia en el interior, dejando a Venezuela el control de la boca del Orinoco, y cerca de 5.000 millas cuadradas de territorio alrededor de esa boca (...). Lo que tenemos que decidir es si aceptamos la proposición de Martens o suscribimos una opinión disidente. En estas circunstancias, el Magistrado Fuller y yo hemos decidido consultar con usted y ahora quiero hacerle saber que estamos dispuestos a seguir uno u otro camino, según lo que usted desee que se haga’ (...). Naturalmente, me di cuenta de que yo solo no podía asumir la enorme responsabilidad de la decisión que se me exigía. Así lo hice ver a los dos árbitros y les pedí autorización para consultar al General Harrison -otro abogado de Venezuela-. Cuando revelé al General Harrison lo que acababa de pasar, éste se levantó indignado, y caminando de un lado a otro, calificó la conducta de Gran Bretaña y Rusia en términos que es para mi inútil repetir. Su primera reacción fue la de pedir a Fuller y a Brewer -los árbitros norteamericanos- que presentasen una opinión disidente, pero cuando se calmó y estudió el asunto desde un punto de vista práctico me dijo: ‘Mallet-Prevost, si algún día se supiera que estuvo en nuestras manos conservar la desembocadura del Orinoco para Venezuela y que no lo hicimos, nunca se nos perdonaría. Lo que Martens propone es inicuo, pero no veo cómo Fuller y Brewer pueden hacer otra cosa que aceptar’. Estuve de acuerdo con el General Harrison y así se lo hice saber a los Magistrados Fuller y Brewer. *La decisión del Tribunal fue, en consecuencia, unánime*”²⁵ (El resaltado es propio).

La gran cantidad de aseveraciones (de las cuales sólo se han citado algunas) en las que se sostiene comúnmente la hipótesis de que el tribunal arbitral no actuó conforme a Derecho sino por el contrario, se condujo en función de un pacto político celebrado a espaldas de Venezuela, constituyen todas ellas un sólido indicio de colusión entre los miembros del tribunal arbitral que dictó el laudo de 1899.

Esta colusión pudo venir fundamentada, por un lado, en la falta de legitimidad de la reclamación británica y, por el otro, en la oportunidad que para Martens significó su posición como presidente arbitral para negociar con Gran Bretaña un acuerdo en función del cual éste pudiera materializar su doctrina de cooperación anglo-rusa en beneficio de su nación. A este respecto, hay quienes afirman que el objeto de estas negociaciones pudo ser la concesión de

²⁴ Biblioteca del Congreso (Estados Unidos). Benjarnin Harrison Mss. Vol. 176, fol. 38.134-35. En: Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela; *La Reclamación...Ob. cit.*, p. 191.

²⁵ Sureda Delgado, Rafael; *Venezuela y Gran Bretaña. Historia de una Usurpación*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 254

ventajas recíprocas en cualquier otra parte del globo, como por ejemplo China, o que los británicos acordaran la unanimidad a fin de quedar bien con Martens y apaciguar así la actitud de Rusia ante la guerra en África Austral²⁶. Pero independientemente de las verdaderas concesiones que hayan sido negociadas entre Rusia y Gran Bretaña, lo cierto es que el cause por el cual fueron concertadas las mismas (mediante un arbitraje no previsto para tal fin), convierten al proceso en fraudulento, todo lo cual da cumplimiento a la siguiente premisa:

“Cuando sólo es posible explicar los actos de las partes partiendo de la existencia de una finalidad fraudulenta y ésta encaja en las anomalías del proceso de tal modo que da cumplida interpretación a todas, la presunción de fraude lograda *por otros indicios es de tal fuerza, que alcanza la seguridad humanamente posible*”²⁷ (El resaltado es propio).

En consecuencia, conviene señalar que, si bien es cierto que no dispone Venezuela de la prueba más eficaz del fraude procesal como lo es un posible “*pactum simulationis*” entre Rusia y Gran Bretaña en base al cual aquella pudiera argumentar de un modo más contundente su reclamación, no menos cierto es que, tomando en consideración todos los indicios ya señalados, sí existen a mi juicio suficientes razones por las que Venezuela puede y debe invocar la nulidad del laudo de 1899, sobre la base del fraude procesal acaecido en el procedimiento arbitral por el cual se decidió la controversia sobre los límites de Venezuela y la Guayana Británica, un procedimiento en el cual quedan suficientemente demostrados los elementos constitutivos del fraude procesal, a saber:

- *La existencia de un fin ilícito*, el cual en este caso viene determinado por los fines propios tanto de Gran Bretaña como de Rusia negociados por sus representantes, a saber, la obtención ilegal de territorio a costa de Venezuela y la materialización de la necesaria cooperación anglo-rusa (en beneficio de Rusia), respectivamente.

- *El uso del procedimiento con fines distintos a los de su creación*, ya que antes de buscar una “*justa composición de la litis*”, queda suficientemente entendido que el proceso arbitral no fue utilizado sino para la consecución del móvil de los árbitros que intervinieron en la colusión y, en consecuencia, los actos procesales no fueron sino parte de una maniobra.

- Y por último, *el perjuicio* ocasionado al sujeto pasivo del fraude procesal mediante una decisión, el cual recae evidentemente sobre Venezuela quien es la única y verdadera víctima de un laudo injusto y contrario a derecho que la despojó de casi 160.000 Km² de territorio legítimamente suyo y que hasta la fecha reclama.

II. LA IMPUGNACIÓN INTERNACIONAL DEL LAUDO ARBITRAL POR FRAUDE PROCESAL

1. *Sobre el carácter de “res iudicata” de la sentencia arbitral*

En el *asunto del Canal Beagle* entre Argentina y Chile se evidenció que se puede poner en tela de juicio la validez de una sentencia arbitral, y en el *asunto relativo a la sentencia arbitral del Rey de España* del 23 de diciembre de 1906, la Corte Internacional de Justicia reconoce la eventual nulidad de las sentencias arbitrales. En este caso, la Corte partió de la premisa de que las sentencias arbitrales podrían estar viciadas de nulidad y, al hacerse cargo del asunto, puso de manifiesto que otro órgano distinto al que dictó la sentencia arbitral podría conocer sobre la nulidad de aquella.

²⁶ Cfr. Gros Espiell, Héctor; *Estudio Preliminar... Ob. cit.*, p. 46

²⁷ Estévez, José Lois. *Ob. cit.*, p. 120

Como es bien sabido, las partes en todo proceso arbitral están obligadas a ejecutar la sentencia de buena fe en concordancia con el principio "*pacta sunt servanda*" contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con el artículo 37 de la Convención de La Haya de 1907 según el cual: "*El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia*".

Centrándonos en el procedimiento arbitral que es objeto de nuestro estudio, a saber, el arbitraje de finales de siglo XIX que decidió los límites entre Venezuela y la Guayana Británica, conviene recordar la posición inglesa y ahora guayanesa respecto a la oposición venezolana al laudo de 1899 y su vigente reclamación sobre el territorio de la Guayana Esequiba: el asunto ya es "*cosa juzgada*", por lo tanto, se reafirma el criterio de considerar al laudo de 1899 intangible y como un arreglo pleno, final y definitivo.

Para que una sentencia arbitral pueda ser considerada como definitiva y sin apelación debe necesariamente ser válida, es decir, estar exenta de ciertos vicios que podrían provocar su nulidad. Resulta pues necesario esclarecer ahora la duda sobre la viabilidad de impugnar la *cosa juzgada* del laudo de 1899 a partir de la figura que ocupa nuestro estudio, el fraude procesal, dentro de un ámbito procesal (el arbitral internacional) en el cual, a diferencia del judicial, nada se ha dispuesto en relación a esta causal de nulidad.

Comencemos recordando que la nulidad de los actos jurídicos no es sino una sanción que se establece como un repudio a los actos jurídicos que han sido realizados con violación a los principios y normas procesales de carácter esencial. En el plano que nos interesa, es decir, en el ámbito internacional, a diferencia de lo que sucede en las legislaciones internas, no existen causas o motivos prescritos para el procedimiento de nulidad, no obstante, ya desde 1875 se vienen realizando esfuerzos para la concreción de las posibles causas de nulidad, toda vez que el *Proyecto de procedimiento arbitral* del Instituto de Derecho Internacional recogía en su artículo 27 cuatro causas de nulidad de sentencias arbitrales tomadas a partir de Goldschmidt. Estas eran: (i) invalidez del compromiso original, (ii) exceso de poder, (iii) corrupción comprobada y (iv) error esencial²⁸.

En la época actual la Comisión de Derecho Internacional en 1958 ha querido recoger las tendencias del Derecho Internacional contemporáneo en esta materia a la luz de la práctica convencional y ha contemplado así, en su *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral*, ciertas circunstancias "generalmente admitidas" como causas de nulidad de la sentencia arbitral, a saber: el exceso de poder del tribunal, la corrupción grave de un miembro del tribunal, la violación a una regla fundamental del procedimiento y los vicios del consentimiento. La misma Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados, mediante su *Resolución 1262* de 1958, que tuviesen en cuenta dicho modelo en su práctica arbitral²⁹.

Ahora bien, aunque la mayoría de estos vicios pueden formar parte de toda una maniobra fraudulenta, el caso es que *el fraude procesal*, como figura independiente susceptible de causar la nulidad, no ha sido contemplado expresamente. En este sentido, cabe recordar que existe un principio de derecho de aceptación universal, *nulla poena sine lege*, conforme al cual, en materia de sanciones, la interpretación que se haga de la norma ha de ser de carácter restrictivo.

²⁸ Cfr. XII Jornadas de la Asociación Española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales; *El Arbitraje Internacional*. Edición preparada por Fernando M. Mariño. Zaragoza, 1989, p. 140

²⁹ *Ibidem*, p. 17

Es aquí cuando puede surgir la duda en cuanto a la posibilidad de impugnar una sentencia arbitral con el carácter de *cosa juzgada* con base en un vicio que no ha sido constatado en la práctica internacional.

Sobre el particular, se cree que ante la barrera de la interpretación restrictiva que habrá de hacer todo tribunal al momento de dilucidar la admisibilidad de una demanda de nulidad de un laudo arbitral por fraude procesal, y en nuestro caso específico, al estudiar la impugnación del laudo de 1899, nos encontramos sin embargo con una “puerta de salida” que nace a la luz del artículo 35 del *Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral* de 1958, sobre el cual bien puede apoyarse un Estado que pretenda la impugnación de la cosa juzgada derivada de un proceso fraudulento toda vez que se dispone lo siguiente:

“The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds:....(c) That there has been a failure to state the reasons for the award or a serious departure from a fundamental rule of procedure.”(El resaltado es propio).

Siendo el arbitraje un procedimiento establecido sobre la base de los “*principios de igualdad y de derecho sobre los cuales descansan la seguridad de los Estados y el bienestar de los pueblos*” (preámbulo de la Convención de La Haya de 1907), sobre la base de la equidad y de la buena fe (arts. 37 y 38 *esjudem*), toda actuación procesal que en apariencia sea lícita, pero que se realice en perjuicio de tales principios fundamentales (lo cual es propio del fraude procesal), debe ser considerada como una violación a “las reglas fundamentales del procedimiento” a que se refiere el artículo antes citado, entre las cuales se encuentra la obligación para las partes de actuar con probidad y lealtad en el transcurso de un proceso.

Así pues, se estima entonces que no debiese resultar inadmisibile la impugnación de la *cosa juzgada* del laudo arbitral de 1899 por el cual la ex colonia británica tiene en su haber casi 160 mil Km² de territorio pertenecientes a Venezuela, con fundamento a lo siguiente: la cosa juzgada debe reconocer límites, entre los cuales se encuentra el fraude procesal, y en consideración a él, el ordenamiento jurídico procesal internacional debe amparar, más allá de la certeza jurídica que nos proporciona la cosa juzgada, la verdad que aparece alterada o modificada en el proceso como consecuencia del fraude procesal.

2. Admisibilidad de la demanda de nulidad por fraude procesal

Dado a que en la Convención de La Haya de 1907 no se hace mención sobre el recurso de nulidad de las sentencias arbitrales como sí sucede en cambio con los recursos de revisión y de interpretación, del *Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral*, así como del mismo Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se desprende que ésta última es el órgano competente para conocer de las demandas de nulidad de sentencias arbitrales. Así, señala el artículo 36 del *Modelo de Reglas*, lo siguiente:

“1. If, within three months of the date on which the validity of the award is contested, the parties have not agreed on another tribunal, the International Court of Justice shall be competent to declare the total or partial nullity of the award on the application of either party”.

Del mismo modo, en concordancia con el artículo 36.b del Estatuto de la Corte, la competencia de esta para conocer de *cualquier cuestión de derecho internacional* constituye en si misma el fundamento para que ésta pueda conocer de un recurso de nulidad de sentencias arbitrales. Ahora bien ¿es posible que la Corte Internacional de Justicia pueda declarar la nulidad de una sentencia arbitral con base en una causal no tasada en el Derecho Internacional positivo?

Tal y como indica el autor Quel López, en el contexto actual de un ordenamiento jurídico internacional básicamente descentralizado, resulta inadmisibile inducir un derecho sustantivo de la nulidad de las sentencias arbitrales, basándose en extrapolaciones del derecho interno de los Estados, toda vez que no se cuenta con mecanismos de control de la sentencia. Y

es que, en efecto, debido a la naturaleza, en parte consensual del arbitraje, nada obsta para que los Estados admitan como válida una sentencia viciada. Por lo tanto, no se puede crear ningún régimen objetivo de la nulidad al margen de la actitud de las partes.

Señala el autor que, a la hora de pretender concretar los motivos de nulidad de un laudo arbitral, tal cuestión debe hacerse al margen de cualquier dependencia de orden procesal institucionalizado y debe remitirse más bien a la teoría de validez del acto jurídico internacional en el orden jurídico existente, toda vez que la sentencia constituye en sí misma un acto jurídico que, por lo tanto, está sujeta a ciertos requisitos de validez como son, la capacidad del órgano, una voluntad real y desprovista de vicios, el cumplimiento de formalidades, entre otros.³⁰

Así entonces, si de lo anterior se concluye que los vicios de nulidad de la sentencia deben apreciarse es a la luz de la teoría de la validez del acto jurídico internacional, tomando como referencia al orden jurídico existente, se cree que no es sino el artículo 35.C del Modelo de Reglas sobre el Procedimiento Arbitral de 1958, el que nos ofrece una posible vía para invocar la nulidad del laudo de 1899 por fraude procesal, toda vez que este señala que la validez de una sentencia puede ser impugnada por la violación de una regla fundamental del procedimiento.

En este sentido, constituye una realidad innegable que la presencia del fraude procesal en cualquier proceso resulta no sólo una violación de una regla fundamental del procedimiento, sino algo mucho más grave que es el quebrantamiento de toda la institución arbitral en sí, por lo tanto, aunque un procedimiento arbitral aparente ser lícito por haberse cumplido en principio todas las reglas fundamentales previstas en el acuerdo, si tales reglas han sido cumplidas con temeridad y engaño, no deben en consecuencia tenerse como válidas ya que han sido llevadas a cabo con menoscabo de su propia finalidad la cual es abrir el camino a la justa composición de la litis, todo lo cual a su vez se traduce en una violación a la obligación de las partes a actuar con buena fe en el transcurso de la controversia.

3. *La necesaria inducción del orden jurídico interno para determinar el alcance del fraude procesal*

Si bien se dijo que no es posible pretender extrapolar categorías de vicios o causales de nulidad de las sentencias del derecho interno al ámbito internacional, sino que debe atenderse a la teoría de la validez de los actos jurídicos para esclarecer aquellos, se piensa que esto no impide, una vez que se confirme la admisibilidad de una causal de nulidad (a la luz de la teoría de la validez de los actos), que pueda la Corte Internacional de Justicia acudir al derecho interno de los Estados en miras de forjarse un mayor conocimiento sobre el vicio en cuestión, especialmente cuando sobre el mismo se encuentren muy pocas referencias en la práctica internacional (que es lo que sucede respecto al fraude procesal).

Tal como señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte deberá decidir las controversias que le sean planteadas (en este caso la demanda de nulidad) conforme al Derecho Internacional, para lo cual aquella cuenta con una serie de fuentes del Derecho a las cuales acudir para valerse de todos los argumentos necesarios en su decisión, entre ellas: a) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y b) las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

³⁰ Cfr. Quel López, Javier; *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*. Bilbao, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2000, pp. 128-129

Es en base a estas dos fuentes que se considera viable la idea de que la Corte Internacional de Justicia, al admitir una demanda de nulidad por fraude procesal, puede acudir a los derechos internos de los Estados (obvio que ya no para determinar si el fraude procesal puede ser tomado como una causal de nulidad de sentencia, lo cual no puede hacerse como se dijo anteriormente), sino más bien para aprehender las nociones necesarias que sobre tal figura antijurídica hayan arrojado los distintos ordenamientos jurídicos internos, de modo que pueda servirse de la información necesaria para lograr identificar el fraude procesal en aquel proceso cuya decisión se impugna.

A esta conclusión se ha llegado tomando como base el trabajo que ciertos autores han realizado sobre los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, mereciendo la pena comentar el importante análisis que al respecto realiza el Profesor J.A. Pastor Ridruejo en su obra "*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*".

Según el mencionado autor, para poder entender el alcance de *los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, hay que remitirse a los trabajos preparatorios del Comité de Juristas, también llamado "Comité de los diez", que redactó el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia de 1920.

En el marco de los trabajos para la determinación del Derecho que debía ser aplicado por el Tribunal, se terminó acogiendo la fórmula planteada por uno de los miembros del Comité, Root, según la cual el Tribunal Permanente de Justicia podría valerse también a la hora de sentenciar, de "*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*", entendiéndose estos como aquellos que son aceptados por todas las naciones "*in foro doméstico*"³¹, es decir, aquellos elementos normativos que, por ser comunes a los diferentes ordenamientos estatales y expresar así una concepción común de justicia pueden ser llevados también a las relaciones internacionales³².

Bajo esta perspectiva, la Corte podría acudir al Derecho Comparado con miras a extraer aquellos principios comunes de todos los sistemas jurídicos de los Estados con independencia de sus ideologías, sistemas políticos y grados de desarrollo, siendo la mayoría de estos principios de carácter procesal tales como la buena fe, la igualdad de las partes, la cosa juzgada, antes que de derecho sustantivo, en virtud de que son aquellos los que gozan de un rango común a escala universal y, por ende, de mayor susceptibilidad para ser trasladados al ámbito internacional.

Nos estamos refiriendo así a la posibilidad de que una vez planteada una controversia de nulidad de la sentencia arbitral de 1899 que decidió la controversia anglo-venezolana ante la Corte Internacional de Justicia por fraude procesal, pueda la Corte, ante la falta de regulación internacional del fraude procesal, recurrir al Derecho Comparado con miras a determinar el alcance y las características propias de esta figura antijurídica de un modo tal que le sea posible determinar que todos los vicios que se han alegado en relación al arbitraje que decidió los límites de Venezuela con la Guayana Británicas, no deben ser considerados en sí mismos como vicios aislados, sino como el conjunto de irregularidades que formó parte de toda una maniobra fraudulenta desencadenada a lo largo de todo el procedimiento arbitral, inclusive desde antes de que comenzara.

³¹ Cfr. Pastor Ridruejo, José A.; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Novena Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2003, p. 40

³² Cfr. González Campos, Julio D. y otros; *Curso de Derecho Internacional Público*. Tercera Edición. Madrid, Editorial Civitas, 2003, p. 94

Se piensa que si Venezuela interpone una demanda de nulidad del laudo de 1899 con fundamento a los vicios que reiteradamente ha alegado a los largo de estos años, existiría un gran riesgo de que su demanda pueda ser desestimada ante la muy probable interpretación que efectuaría la Corte la cual, en mi opinión, de tomar como referencia la línea que ha seguido la práctica internacional, conllevaría a desestimar casi todos los vicios que hoy día son alegados por Venezuela, en virtud de que entrarían en juego muchos principios como el *estoppel*, la aquiescencia o el principio de la “*competencia de la competencia*” del árbitro, los cuales provocarían que uno a uno los vicios en los que se apoya Venezuela para invocar la nulidad del laudo, se vayan desvaneciendo hasta dejarla indefensa, en razón de que casi todas las irregularidades alegadas por aquella, no encajan precisamente dentro de los supuestos que la práctica internacional ha identificado como propios de tales vicios.

En orden contrario, si todas las irregularidades presentes en el arbitraje pudiesen ser enmarcadas dentro de un mismo vicio distinto a los comúnmente alegados en la práctica, como lo es el fraude procesal, la Corte Internacional de Justicia, luego de percatarse de los límites y del alcance de esta figura, a partir de los principios procesales del Derecho Comparado (como forma de valerse de los *principios generales de derecho de las naciones civilizadas*), bien podría concluir que efectivamente el laudo de 1899 debe ser impugnado.

4. ¿Fraude procesal en un proceso arbitral?

Tomando en cuenta que toda la regulación prevista en materia de fraude procesal suministrada por la jurisprudencia y las legislaciones internas pertenecen propiamente es al ámbito judicial ¿pueden estos aportes tener cabida dentro de un proceso arbitral? En mi opinión la respuesta es afirmativa y ello es así como consecuencia de la naturaleza jurídica misma del procedimiento arbitral que, como se verá, admite tal posibilidad.

Si se atiende a las características mismas del proceso arbitral se podrá observar que se está en presencia de una institución intermedia entre la solución transaccional (basada en el consentimiento) y la solución judicial. Así pues, si bien por un lado la voluntad de las partes determina cuestiones tan importantes como la designación del órgano arbitral, el alcance de la competencia del órgano, las reglas aplicables al procedimiento y al fondo del litigio, en contrapartida, desde el mismo momento en que se inicia la función jurisdiccional, la voluntad de las partes pasa a un segundo plano y estas quedarán obligadas a acatar la decisión arbitral³³.

En este sentido, hay autores que afirman que, a partir de la existencia de una controversia, del recurso a un tercero para que la resuelva, del procedimiento que se sustancia, de la “competencia de la competencia” del órgano, y de la autoridad de *cosa juzgada* que posee el laudo, puede intuirse que el arbitraje es un verdadero juicio³⁴. Esta posición de equiparar al arbitraje con el arreglo judicial no es del todo aceptada en la doctrina especialmente por el hecho de que no existe en el ámbito procesal una jerarquización jurisdiccional o por el hecho de que en el sistema judicial los órganos jurisdiccionales ya están preconstituidos y su intervención no responde al consentimiento de las partes.

Pero aún así, lo cierto del caso es que no estamos hablando de trasponer normas adjetivas del proceso judicial interno para que estas sean aplicadas al ámbito arbitral. Estamos hablando de tomar como referencia a las normas y a las jurisprudencias internas que versen sobre principios en materia procesal (como por ejemplo, aquellas que delimiten el alcance de

³³ Cfr. Quel López, Javier. *Ob. cit.* p. 179

³⁴ Cfr. Feldstein De Cárdenas, Sara y Leonardi De Herbón, Hebe; *El Arbitraje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 30

las conductas contrarias a la buena fe procesal o que definen al fraude procesal), que no resultan en modo alguno incompatibles con el ámbito arbitral ya que el arbitraje es un proceso, y como tal lo rigen los mismos principios procesales de cualquier mecanismo jurisdiccional de solución de controversia, y sólo en la medida en que tanto las partes como el mismo órgano jurisdiccional internacional ante el cual se ventile un proceso, sea arbitral o judicial, reconozcan la existencia del fraude procesal y estén en conocimiento de sus características, efectos, alcance y formas de manifestarse para poder identificarlo, es que se podrá salvaguardar, antes de que la *cosa juzgada* despliegue sus efectos, la finalidad misma de todo procedimiento de solución de controversias, obteniéndose a la postre una mayor garantía de seguridad jurídica.

Por lo tanto, si del ordenamiento jurídico internacional o de la práctica misma no se desprenden las nociones necesarias del fraude procesal para conseguir aquello, se debe en mi criterio, recurrir entonces a la labor que al respecto se realiza el Derecho Comparado, para impedir la consumación de arbitrajes fraudulentos en perjuicio de los Estados que actúan de buena fe.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La razón que justifica la propuesta de que Venezuela invoque la nulidad del laudo de 1899 con fundamento al fraude procesal acaecido en el procedimiento arbitral que decidió la controversia de la Guayana Esequiba, reposa sobre el hecho de que: si bien es cierto que todas las irregularidades presentes en el arbitraje no podrían enmarcarse dentro de los vicios de nulidad comúnmente admitidos por la Corte, no menos cierto es que, tales irregularidades no dejan de resultar insostenibles y violatorias de los principios rectores del proceso arbitral.

Así pues, si para impedir a toda costa que dichas anomalías procesales continúen desplegando sus efectos en perjuicio de un Estado debe de admitirse entonces la posibilidad de recurrir a una figura antijurídica propia de derecho interno, no debe en consecuencia desvirtuarse la idoneidad que a tal efecto presenta el fraude procesal, como un vicio que, a diferencia de todos los comúnmente admitidos en la práctica internacional, sí es capaz de ser fundamentado en base a todos los motivos que son alegados por Venezuela al invocar la nulidad del laudo de 1899. En efecto:

a) Si bien la exclusión de Venezuela en las negociaciones del Tratado de Washington y la violación de su derecho de igualdad respecto a la constitución del tribunal arbitral no podrían en mi criterio ser alegadas como causal de nulidad de la sentencia bajo el vicio reconocido internacionalmente de *“nulidad del compromiso arbitral y la incapacidad del órgano arbitral por defectos en su composición”*, en virtud del principio del *estoppel* (dado a que Venezuela a pesar de tales circunstancias consintió en firmar y ejecutar dicho Tratado hasta la emisión del laudo), dicha circunstancia sí pudiese en cambio ser alegada como prueba de la labor preparatoria (ya no indicio) del fraude procesal por parte de Gran Bretaña, toda vez que se cuenta con una serie de declaraciones y notas fidedignas en las cuales se revela la mala fe en la actuación británica.

b) Si bien el *exceso de poder* (otro de los vicios generalmente admitido en la práctica) que cometiese el Tribunal Arbitral al no motivar el laudo de 1899, no pudiese ser invocado (a mi juicio) por Venezuela, también por el principio del *estoppel* (ya que Venezuela no alegó este vicio al momento en que fue dictada la sentencia a pesar de que ya para entonces, de acuerdo al artículo 52 de la Convención de la Haya de Julio de 1899 existía la obligación internacional de motivar los laudos, e inclusive consintió en enviar su comisión para la delimitación de la nueva línea fronteriza establecida en la sentencia en fecha 3 de octubre de 1900), dicha circunstancia en cambio sí puede ser tomada en cuenta como prueba de una maniobra fraudulenta, en virtud de lo siguiente:

b.1) Primero, porque la falta de motivación constituye un indicio contundente de que hubo simulación (que es el cauce propio de la colusión) toda vez que, como ya se dijo, resulta sorprendente que al Tribunal pudieran bastarle apenas seis días para deliberar y decidir en base a una amplísima cantidad de pruebas presentadas por las partes, de lo cual se infiere entonces que la decisión simplemente estaba ya tomada con anterioridad.

b.2) Segundo, porque de la falta de motivación del laudo de 1899 puede desprenderse un fuerte indicio (intraprocesal) respecto a la conducta fraudulenta del órgano arbitral una vez que se evalúe lo que fue la actitud del presidente del tribunal en el contexto de las sesiones de la I Conferencia de la Paz de la Haya de 1899 llevadas a cabo justo ese mismo año en que se emite el laudo de París sobre la controversia anglo-venezolana. En la Conferencia de La Haya, durante la discusión planteada en la V sesión de la Tercera Comisión por el representante de Alemania, Zorn, quien propuso que el artículo 22 (finalmente 52) de la Convención de La Haya dispusiera que la sentencia “debe contener las razones en que se funda”, Martens, quien era miembro de la delegación rusa, se opuso firmemente aduciendo que debía dejarse plena libertad a los árbitros, ya que según él, “se pueden producir casos en que la obligación de motivar constituiría un obstáculo para obtener una decisión absolutamente justa”. Al final su posición fue inteligentemente derrotada³⁵.

Como dice el autor Profesor Gros Espiell,

“Es evidente que Martens actuó en La Haya pensando en el arbitraje que se estaba celebrando en París (...) Martens deseaba que nada de lo que pasase en la Haya, limitase la libertad con la que quería actuar”³⁶

b.3) Tercero, como bien dice el autor José Lois Estévez, en todo proceso fraudulento, por tratarse de un proceso anormal, siempre “los defraudantes habrán dejado algún cabo suelto, es decir, existirán actitudes o actos que no puedan satisfactoriamente explicarse”³⁷. Y esto es precisamente lo que ocurre con la falta de motivación del laudo de 1899: No tuvo el tribunal forma alguna de explicar satisfactoriamente, los motivos en virtud de los cuales fundamentó su decisión ya que evidentemente no podía descubrir su maniobra fraudulenta, todo lo cual constituye un contundente indicio intraprocesal de peso.

c) Si bien la falta de motivación del laudo impide conocer si la decisión del tribunal fue basada en los mapas británicos que Venezuela considera falsos, y por lo tanto no puede Venezuela invocar su nulidad en base a *errores esenciales in iudicando* alegando que se indujo a error al tribunal sobre la veracidad de los hechos; ello no impide en cambio que pueda Venezuela servirse de aquellos documentos y mapas que denuncia como falsos (luego de la investigación que hicieron sus expertos en el “Colonial Office” de Londres), para argumentar una auténtica prueba de fraude (intraprocesal) que revela la conducta desleal y la falta de probidad de Gran Bretaña.

d) Si bien debido a la falta de motivación del laudo no podría Venezuela invocar la defectuosa aplicación del derecho material establecido en el compromiso, como *un error in procedendo* del órgano arbitral (sobre la base de que el tribunal arbitral incumplió su obligación de aplicar el principio del *utis possidetis juris* del artículo 3 del Convenio de Washington con preferencia a la regla de la prescripción adquisitiva para fijar la línea fronteriza entre

³⁵ Cfr. Gros Espiell, Héctor. *Estudio Preliminar...Ob. cit.*, pp. 36-37

³⁶ *Ibidem*, p. 37

³⁷ Estévez, José Lois. *Ob. cit.*, p. 120

Venezuela y la Guayana Británica), no menos cierto es que, la delimitación inexplicable que hizo el Tribunal puede ampararse bajo ese “cabo suelto” al que se refiere el Profesor Estévez, como indicio manifiesto de la maniobra fraudulenta.

e) Y por último, si bien no dispone Venezuela de un “*pactum simulationis*” que le permitiese invocar la nulidad del laudo de 1899 conforme a *vicios en la voluntad del órgano arbitral* con fundamento al pacto o componenda política llevada a cabo entre Rusia y Gran Bretaña, no menos cierto es que, bajo el alcance del fraude procesal, sí podrían admitirse como indicios contundentes de colusión, algunos elementos subjetivos como la naturaleza de las relaciones entre Rusia y Gran Bretaña, la ideología de los árbitros, la actitud manifestada por las partes y, del mismo modo, declaraciones como el famoso Memorando de Severo Mallet-Prevost de una importancia incalculable en la búsqueda de la verdad.

Es así entonces cuando el argumento de invocar la nulidad del laudo arbitral de 1899 conforme al fraude procesal cobra su mayor importancia, en virtud de que la diversidad de supuestos en los que puede materializarse una conducta fraudulenta implica, a su vez, una mayor flexibilidad en materia probatoria para la parte afectada por este vicio.

En este sentido, siendo el fraude procesal uno de los vicios más graves que puede presentarse en el proceso, debido a que su presencia misma constituye el quebrantamiento de principios fundamentales como la buena fe o la tutela judicial efectiva desviando todo proceso de su cauce, la consecuencia inmediata que se deriva luego de su constatación es, como se dijo, la nulidad misma de todo el procedimiento jurisdiccional y por ende de la decisión en sí.

Por lo tanto, se entiende que si la consecución de los objetivos del Gobierno de Venezuela en hacer valer sus derechos frente a las injusticias cometidas en el procedimiento arbitral de 1897-1899 requiere de la previa declaración de nulidad del laudo de 1899, no resultaría ilógico proponer que, antes de argumentar su demanda de nulidad ante la CIJ en base a una serie de argumentos que muy probablemente serían desechados a la luz de la línea seguida por la práctica internacional, convenga más bien en intentar sentar un precedente al invocar la nulidad de una sentencia arbitral por un vicio de nulidad nunca antes alegado, el fraude procesal, el cual, si bien al igual que los demás es capaz de invalidar las sentencias arbitrales, tiene la ventaja adicional de que su comprobación (tal cual como se evidencia del Derecho Comparado) reposa sobre elementos probatorios mucho más flexibles (como los factores indiciarios) y de mayor accesibilidad para los Estados que pretendan invocarlo.

Así pues, al afirmar la falta de procedencia de los motivos alegados por Venezuela para desconocer el laudo de 1899, no se está queriendo desconocer el interés legítimo de ésta en impugnar la decisión arbitral que la despojó injustamente de casi 160.000 Km² de territorio. Se trata más bien de recalcar el hecho de que una pretensión de nulidad mal argumentada ante la Corte Internacional de Justicia se traduce en un riesgo inminente para la reclamación de Venezuela, la cual (luego de 50 años) podría quedar sin efectos para siempre ante la incorrecta canalización que se les den a los actos procesales fraudulentos de los cuales aquella resultó víctima en ese lamentable arbitraje por el cual injustamente se le arrebató el territorio de la Guayana Esequiba.

Comentarios Monográficos

ADMINISTRACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVAS DE AYER Y HOY

Armando Rodríguez García*

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Administración pública y Derecho administrativo son nociones inseparables, que se deben entender integradas en una unidad conceptual y una visión diacrónica, para tener sentido y trascendencia valorable científicamente. Siendo así, el dato de la Administración y su regulación jurídica es indispensable para construir, entender, explicar y aplicar el Derecho administrativo, con lo cual, se aprecian categorías, técnicas e instituciones de remota existencia en el tiempo, cuya revisión constante ayuda a conocer y proyectar esta disciplina que solo puede concebirse como una parte del Derecho en general. El artículo procura centrar el interés en el empleo de ese enfoque, destacando la importancia de conocer a fondo el fenómeno de la administración y la gestión pública, como una fórmula para fortalecer al Derecho administrativo y sus instituciones, reconociendo su constante y sistemática variabilidad asociada a la dinámica de la administración dentro de la Sociedad. En ese sentido, se destaca el valor metodológico de la relación jurídico administrativa para la actualización de criterios, atendiendo al carácter de dato constante de la Administración y la importancia de sus vínculos internos en el entorno del Estado contemporáneo y su prospectiva.*

Palabras Clave: *Administración pública, Derecho administrativo, visión diacrónica común, relación jurídico administrativa.*

Abstract: *Administration and administrative law are indivisible notions in a conceptual and diachronic point of view, that remarques the constant value of techniques, institutions and principles known and fixed since remotes times. The article popose mantain the research attention on those, so as, on the public administration, its organization, managment methods, and relations between its structures, paying special attention to the constant transformation of the State of today and the public power methods, in order to improve the Administrative law performance.*

Key words: *Public law, Public administration, diachronic common poin of view, inter administrative legal relations.*

I. PUNTOS PREVIOS

En las líneas que siguen se recogen - en una apretada síntesis - algunas meditaciones que tienen como objetivo central la idea de mantener, como una referencia constante, el examen de cuestiones que cuentan con una larga data en el ámbito de los asuntos que metodológicamente incumben al Derecho administrativo.

La selección de tales cuestiones, y su correspondiente consideración, comienza por destacar que, pesar de lo remoto de su existencia, se trata de temas que no han desaparecido como efecto de la obsolescencia, ni procede considerarlas como amortizadas; por el contra-

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Director de Estudios de Posgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas UCV.

rio, se trata de principios, categorías, instituciones y técnicas que, hoy día, ostentan indiscutible vitalidad, debido a su solida cualidad raizal, con lo cual, la adecuada atención a sus pormenores conduce a comprender y explicar, con mayor pulcritud, certeza y facilidad, el alcance real de muchos temas que se pueden percibir, y que, en cierta forma, se tiende a presentar como novedosos, inéditos e innovadores (cuando en realidad no lo son), rozando así con el perfil efímero de la moda, práctica ésta que tampoco es una novedad en si misma. Por ello –en torno a éste y otros muchos temas– conviene recordar a Chesterton, en cuanto a que, *todas las nuevas ideas se encuentran en los libros viejos*.

Por el enfoque elegido para adelantar estas reflexiones, unido a los contenidos temáticos seleccionados para su exposición, se corre el riesgo de caer en sospecha de herejía, al presentarse en una época signada por la preponderancia determinante (*moda?*) de la dogmática propia de la información inmediata y de amplio espectro. Sin embargo, ese riesgo se asume y se compensa al entender que lo planteado contribuye a contactar con cuestiones trascendentes que pudieran ser despreciadas o distorsionadas por el empleo exagerado de visiones inmediatistas en cuanto a su alcance, opacando de esa forma la robustez, potencialidad y proyección eficaz de las instituciones, las categorías, los principios y las técnicas claves de la disciplina jurídico administrativa.

Por consiguiente, si alguna valoración favorable pudiera asignarse a este enfoque, estaría en su objetivo, que apunta a reducir el riesgo que implica dar la parte por el todo, o confundir el símbolo con la realidad que éste representa cuando se apuesta a favor de la velocidad en la información, y en contra de la decantación meditativa del conocimiento, como vía para arribar a la conclusión. A fin de cuentas, conviene advertir - con Gemma Lluch - que, *con las redes sociales se escribe demasiado, se lee poco y se reflexiona menos*, y en ese mismo sentido, parece razonable reconocer que la Internet es ágil, amplia y variada, pero también es volátil y fugaz.

El eje conductor por el que transcurre el enfoque seleccionado para esta meditación se monta sobre lo que es una constante esencial: la vinculación principal y original que asocia Administración y Derecho administrativo, cuya resultante es una continua dinámica de interdependencia, recíproca e interactiva por definición, que viene dispuesta para servir a la persona, al ser humano.

En el sentido que marca esa línea axial, comenzaremos nuestro tránsito discursivo admitiendo, sin dificultad, el alcance polisémico que contiene la expresión *Derecho administrativo*.

Ciertamente, entendemos que con ella se alude, por igual, a las ideas de: *i*) Ordenamiento jurídico (conjunto de normas de distinto rango y factura que guardan entre sí coherencia y sentido, atendiendo al objeto referido, por lo que permiten ubicarse en una sistematización diferenciable o propia); *ii*) Disciplina o área del conocimiento, definible dentro del la Ciencia del Derecho, lo que apunta a su manejo bajo criterios de sistematización metodológica que permite investigar, construir y difundir el conocimiento; *iii*) Asignatura o Materia considerada dentro del pensum de formación profesional o técnica, para los estudios correspondientes a distintas disciplinas, en particular, las atinentes a las Ciencias jurídicas y políticas; pero también - con distinto alcance, extensión y profundidad - en otras tantas estructuras pedagógicas, para estudios de licenciatura y posgrado de profesiones liberales (economía, administración, ciencias de la salud, sociología, arquitectura, urbanismo, etc.), así como para la formación y perfeccionamiento de personal (primordialmente del funcionariado público en sus múltiples y variados ámbitos). De momento interesa retener, al respecto, que todas estas acepciones son complementarias entre sí.

Por otra parte, en cualquiera de sus significados, el Derecho administrativo solo se puede entender cabalmente como una forma de expresión del DERECHO en general, en su sen-

tido mas amplio; es decir, como parte de un todo unitario, como una fracción que solo se construye, se identifica, o se logra *aislar*, en términos de metodología, para fines de la mejor comprensión y manejo de ese todo integral, sin cuya referencia las fracciones carecen de sentido, utilidad y existencia real.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con otros fenómenos del conocimiento científico (en particular con aquellos propios de las ciencias naturales), el contenido del Derecho, como objeto del conocimiento, como asunto de interés científico y práctico, no es algo que nos viene dado, y que, e consecuencia, descubrimos, observamos, analizamos, categorizamos y clasificamos.

El Derecho es, ante todo, una creación cultural, una construcción humana. Glosando las expresivas menciones de la profesora Julia Barragán, tenemos que el Derecho es *una fina construcción social que ofrece el marco deóntico al cual adecuar las conductas, provee instituciones que hacen menos costosas las transacciones sociales y nos dota de mecanismos racionales para la resolución de conflictos; es un poderoso factor en la educación de los comportamientos y un reforzador vital en la trama social ...siendo su cara mas visible el ordenamiento jurídico positivo (las normas sancionadas).*

Por consecuencia, se trata de un fenómeno en permanente elaboración, necesariamente inacabado, y con ello, es una realidad esencialmente instrumental, finalista y utilitario, que no se puede reducir a las normas, a lo que conocemos como el ordenamiento positivo. En efecto, no cabe duda en cuanto a que las leyes son importantes, pero, ni el sistema jurídico, ni menos aún, el Derecho, pueden consistir solo en leyes; tal como apunta J. Barnés, *no se conoce y se maneja un idioma a punta de diccionario*, hace mucha falta disponer de la gramática, la sintaxis, y hasta de la fonética.

Para su construcción, su conocimiento y su aplicación, el Derecho amerita un ejercicio constante de revisión e interpretación que involucra muchos elementos asociados con el sistema jurídico. Al respecto, a decir del profesor Cassagne, *la interpretación es el verdadero molde del Derecho, y debe orientarse por el carril de la Justicia* (concepto basal que todos comprendemos y sentimos, pero que no es reductible a una norma).

Entonces cabe advertir que ese valor polisémico del Derecho administrativo, mas que expresar significados distintos y con *vida propia*, comporta y confirma la existencia de una unidad integral e indivisible, una verdadera síntesis en la que se conjugan y ensamblan diferentes componentes conformadores de un sistema de principios, categorías conceptuales, normas, técnicas y conocimientos calificados por su objeto: la Administración pública del Estado.

De esta manera, a los fines de su sistematización, se aprecia como surgen las instituciones básicas de la disciplina, partiendo de la conjunción de tres categorías dogmáticas: la Administración y su control jurídico; la acción administrativa; y los administrados, en tanto sujetos que se vinculan con la Administración, sus derechos y situaciones jurídicas.

Siendo así, es indiscutible que el Derecho administrativo se presenta como una *Rama* del Derecho en sentido general, y a igual que cualquier otra *rama*, solo tiene sentido, razón de ser y vitalidad, en la medida en que se vincula al troco, y con ello, a las otras ramas, y como una consecuencia necesaria, a las raíces.

En resumen, se integra al *todo*, sin lo cual - re-forzando ahora el empleo del símil-, dejaría de ser una *rama* para convertirse en gajo seco, en un trozo de leña sin vida, con destino a descomponerse o pudrirse.

Por todo lo dicho resulta inútil -o cuando menos claramente improductivo, a nuestro juicio- el guión que apunta al manejo del conocimiento de cualquier ordenamiento o rama del

Derecho, basándose en la técnica de la confrontación crítica, excluyente o de confrontación con alguna otra de las *ramas*, siendo que se trata de componentes de un mismo cuerpo, alimentados por una savia común que inevitablemente comparten.

De otra parte, y por cuanto en el fondo se trata de una cuestión de metodología, es decir, de una manera de sistematizar el conocimiento y facilitar el manejo de sus contenidos, queda poco espacio para el formular análisis en modo competitivo, pretendiendo acotar espacios intocables de exclusividad, derivados de lo que se pretende ver como genuino o propio de la naturaleza de algunas categorías, técnicas, principios o instituciones, haciéndolos entonces, de incompatible manejo en el entorno de otros ámbitos gnoseológicos.

Pero adicionalmente, no debe perderse de vista que, el Derecho en su conjunto - y el Derecho administrativo con mayor intensidad - se enriquece, a lo largo de la historia, con las aportaciones procedentes de fuentes jurídicas, y también de fuentes extrajurídicas con orígenes diversos, cuya incorporación responde a las necesidades funcionales y sustantivas a las cuales corresponde dar adecuada respuesta. Esta situación, como se ha insistido antes, se hace mas explícita en el ámbito del Derecho administrativo, por tratarse de un fenómeno cultural en el que influyen directamente las circunstancias que definen el momento en que se manifiestan, siendo que, la Administración Pública –con sus particulares perfiles y dinamismo– ha sido, es, y por supuesto, seguirá siendo, el caladero mas rico, fértil, fecundo, variado e importante para el contenido de esta rama del Derecho, en lo que toca a todas las acepciones y alcances cubiertos por su denominación.

II. EN TORNO AL ORIGEN DE LA DISCIPLINA, UNA RUTA SINUOSA Y SUS PUNTOS DE INFLEXIÓN

Manteniendo el foco en la Administración, en tanto la constante referencial necesaria para la existencia del Derecho administrativo, y adjuntando aquí el dato fundamental que conduce a destacar la interdependencia de aquella con la práctica política y el ejercicio del poder estatal, encontramos características particulares que imprimen su huella en el perfil definitorio de esta Disciplina jurídica.

Sin embargo, no se debe dejar de lado que, tal como ocurre en otros campos del intelecto, también en el espacio de las ciencias jurídicas se echa mano a las metáforas como una fórmula legítima para la exageración intencionada. Y percibimos que así parece ocurrir respecto del impacto de la Revolución Francesa y la aparición o surgimiento del Derecho administrativo, al calificarse la Ley 16-24 de agosto de 1790 como una suerte de *partida de bautismo* de esta Disciplina, en particular, centrando el foco de atención en lo que se dispone en el artículo 13 de aquella Ley: *Las funciones judiciales son y quedarán para siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones.*

Entonces vemos que, apuntalado en una disposición legal insertada en un cuerpo normativo dirigido a regular la estructura judicial que se instala a partir del fundamento liberal de la dualidad de ordenes de jurisdicción, se decanta una cierta apropiación sobre el origen del Derecho administrativo en favor de la concepción francesa, como si se tratara de una suerte de DOP (*Denominación de Origen Protegida*) a favor de una *marca*.

Desde luego, sin restarle un ápice a la trascendental importancia que tienen tanto la construcción dogmática revolucionaria que conduce a la redacción de esa norma, como el montaje de la formidable arquitectura conceptual que lleva adelante el Consejo de Estado francés en la materia –soportándose en su liderazgo intelectual y en el indiscutible peso de su autoridad–, es lo cierto que la Administración pública y la función administrativa ya existían y operaban para aquella fecha, si bien lo hacían incardinadas en un orden o sistema montado

sobre pautas distintas. A esta conclusión se puede arribar, sin dificultad, empleando, como primera pista, el contenido mismo del dispositivo legal en referencia, en el cual se toman aquellos datos (los *cuerpos administrativos* y sus *funciones*) como causa o punto de partida, y como destinatarios específicos de la regulación.

En resumen, si bien aquel episodio tiene un efecto decisivo en la transformación de la escena y en el guion, no alcanza a constituirse como el punto de partida u origen único de la obra, ni llega a encapsular la totalidad de su temática. En efecto, se encuentran orígenes remotos y dispersos a lo largo del tiempo que llevan a constatar la existencia de la Administración y el Derecho, así como la interdependencia entre ellos, como fenómenos que se acompañan en una suerte de contemporaneidad constante; y aunque no guardan una sincronía exacta y absoluta en la exteriorización de sus expresiones (en razón del ritmo propio de cada realidad), mantienen un contacto estable dentro de los perfiles del entorno social, económico, cultural, tecnológico y político de cada época.

En alguna medida se puede apreciar aquí lo que advertía Maquiavelo al expresar que *en toda Revolución no hay sino nuevos modos para ordenamientos antiguos*. Y es que, en efecto, el edificio que representa cualquier ordenamiento jurídico tiene un basamento que, aunque no se perciba a simple vista, ni sea lo más conocido, o el espacio más usualmente visitado, esta siempre allí, y es en definitiva lo que soporta todo lo construido, así como, sus reformas, adaptaciones y ampliaciones, más o menos intensas.

En este sentido tenemos que, al hacer una revisión detenida de la cuestión, se advierte la presencia de múltiples elementos de referencia en cuanto a principios, técnicas, instituciones y categorías que aparecen como piezas neurálgicas en el Derecho administrativo, y sin embargo, anteceden con mucho, al momento de la Revolución.

Ciertamente, son bien conocidas las referencias comprobadas sobre el empleo de técnicas y soluciones jurídicas montadas - desde las etapas más distantes del Derecho Romano - como respuestas a las necesidades derivadas de la gestión (administración) ineludible de asuntos colectivos o públicos, de aquellos asuntos que, por su naturaleza y alcance exceden al entorno del interés y la capacidad de resolución singular eficiente por parte de los individuos, requiriendo entonces la intervención de un agente común (Administración).

Como ejemplo de aquellas soluciones romanas de marcada antigüedad, engastadas en lo jurídico, se cuentan, por ejemplo, las limitaciones o restricciones a la propiedad inmueble por razón de vecindades a espacios públicos como las vías y otras obras de uso común o destinación e interés colectivo; las concesiones para la ejecución de obras o para la utilización de espacios públicos; las concesiones para la derivación de aguas desde los acueductos públicos; las concesiones mineras; las licencias o permisos y, desde luego, las variadas estructuras burocráticas con las correspondientes determinaciones de cargos y oficios.

Desde luego, la distancia temporal y las diferencias evidentes en cuanto a las circunstancias imperantes en cada momento del entorno histórico, con sus complejidades, hacen imposible que contemos con una terminología uniforme y unitaria para aludir a instituciones que, sin embargo, conservan un alto grado de identidad en su sentido esencial, lo que ha permitido consignar afirmaciones atinentes al tema que nos ocupa en este punto. Así lo hace Santiago Castán Pérez-Gómez al referirse a las concesiones romanas apunta que "...Nuestra materia entronca directamente con una de las ramas menos estudiadas del Derecho Romano: el Derecho administrativo. Conocido es que la mayoría de la doctrina actual considera que el Derecho administrativo surge por un conjunto de factores que se sitúan en el siglo pasado a raíz de la Revolución francesa. Sin embargo, este estudio nos ha permitido constatar que en Roma existió un auténtico orden administrativo, claramente diferenciado del Derecho privado y cuyas instituciones, características o particularidades son casi idénticas a las actuales. Como es sabido, cuestiones como las relaciones Estado-individuo, el funcionariado, la juris-

dicción administrativa, las administraciones municipales, los contratos administrativos, el régimen jurídico de los bienes demaniales, los actos administrativos nulos, la responsabilidad de los funcionarios, la concesión administrativa, la expropiación forzosa, etc., son supuestos e instituciones que fueron regulados con absoluta normalidad pero con gran precisión por los romanos. Estas reglas no las hallamos en un cuerpo legal específico, sino que se encuentran diseminadas por todas las fuentes del Derecho Romano...”

Esa misma idea resulta reafirmada por el reconocido romanista Antonio Fernández de Buján, abriendo el Prólogo de esa obra, con estas palabras: “Los ordenamientos jurídicos modernos son el resultado de sucesivas experiencias históricas, que deberán ser tenidas en cuenta por los estudiosos si aspiran a la construcción de una dogmática de base científica. En esta línea de ideas no parece acertada la afirmación de que el Derecho administrativo moderno surge en el siglo XIX, pues si bien es evidente la influencia que la Revolución Francesa tuvo en los sistemas jurídicos y políticos de cultura occidental, lo que en el caso del Derecho Administrativo se manifestó en la teorización que originó la ciencia del Derecho Administrativo y en la elaboración de Códigos unitarios y autónomos de Derecho Administrativo, no cabe olvidar la existencia desde Roma de un aparato administrativo de compleja estructura integrado por instituciones, hechos y actividad de orden administrativo en el ámbito estatal, provincial y municipal, que intenta resolver la problemática que presenta una sociedad viva y en constante expansión y desarrollo en la que se plantean cuestiones prácticas que continúan vigentes en el momento actual, y que se analizan y resuelven mediante soluciones de sorprendente modernidad, existiendo por otra parte textos en las fuentes en los que los juristas procuran sistematizar conceptos e instituciones referidos a esta materia.”

El complejo contenido de esa interesante y prolongada saga del Derecho administrativo en sus perspectivas de ayer y de hoy es lo que recoge y desarrolla en forma excepcional el profesor Villar Palasí desplegando su magistral capacidad para explicar causalmente el encadenamiento histórico de nociones que no caducan (lo que permite invitar a la reflexión a quienes estiman acertado y hasta llamativo hablar de *obsolescencia de los conocimientos*), al tiempo que hace gala de la concreción, de una marcada capacidad de selección en el análisis y de una aguda habilidad de expresión, propia de quien cultiva el método de lo directo y certero para la construcción del discurso didáctico.

De esta forma, en apenas ochenta (80) páginas, se logra abundar en datos y argumentos de profundo calado, conducentes a demostrar fehacientemente la existencia de aquellos antecedentes, afincando con énfasis el espacio temporal del medioevo mediante el empleo de referencias de particular significado en las aportaciones que se encuadran en el Derecho Intermedio o el Derecho Regio (atinada expresión atribuida a Villar Palasí), como expresión cargada de riqueza para el conocimiento de estos asuntos, por las instituciones que genera y por las transformaciones operadas en el ecosistema jurídico y político a partir de esa época, lo que paradójicamente, es una fuente de conocimiento poco atendida en los planes de estudio de la asignatura.

De otro lado, este enfoque conduce a destacar la sumisión del Derecho Administrativo, en su formación, a las vicisitudes de la política. Al respecto, el autor afirma que *el derecho Administrativo no es una creación pacífica de la razón, o un proceso de usos y costumbres juridizados –como sucede con el Derecho Mercantil o Civil– sino el resultado de la incesante y eterna polémica del Poder en la Sociedad como un subproducto –ingente pero derivativo– de la Política, a modo de epifenómeno de la misma. Esta domina también al Derecho privado, pero lo hace en este ámbito mas sutil, desmedrada y cautelosamente, abandonando a la autonomía privada gran parte de su potencia conformadora* (p. 14).

En definitiva, y dicho en términos generales, el origen del Derecho Público –lo que se hace mas palpable en el Derecho administrativo– viene indisolublemente asociado a la exis-

tencia y la actividad de las instituciones que ejercen el poder político, bien sea mediante las reglas que establecen y definen el perfil de sus estructuras y permiten sus actividades, bien sea mediante normas y técnicas que, al reconocer o consagrar derechos a favor de las personas atendiendo a la dignidad del ser humano, determinan pautas para las formas de actuar que corresponde a esos centros de decisión, porque sus conductas implican supuestos de relacionamiento de los sujetos de derecho con el Estado.

Siendo así, un punto que marca el acento en estos aspectos viene dado por los laberintos burocráticos que despliegan las Administraciones Públicas a lo largo de su trayecto histórico, lo que trae consigo una proyección exponencial de supuestos de relacionamiento generadores de atención mediante fórmulas de tratamiento jurídico-administrativas. Desde luego, con ello se reafirma como un dato imprescindible, la valoración de la Administración (institución y función) como un referente necesario para la conceptualización del Derecho Administrativo, en cualquier momento y en todo lugar.

El espacio disponible en esta ocasión no permite una revisión exhaustiva de los datos que recopila y evalúa Villar Palasí, lo que, por otro lado, merece el debido detenimiento que su valoración y alcance imponen, por su calado y densidad. Sin embargo, a los efectos inmediatos de las meditaciones consignadas en estas breves líneas basta mencionar, de bulto, algunos de esos *antecedentes remotos*, como técnicas, instituciones o categorías que, directamente o mediante adaptaciones necesarias, se integran al Derecho Administrativo en su construcción *posrevolucionaria*.

De este modo, en el variado y nutrido contingente que se relaciona con impecable fundamentación y sentido, cabe mencionar asuntos tales como, la inderogabilidad singular de los reglamentos, la idea de funcionario público, la doctrina de la función pública y la responsabilidad del funcionario; las regalías, los monopolios, las concesiones, el contrato público, las nociones de potestad y legalidad, la figura del Fisco, las cargas y tributos, el principio de igualdad ante las cargas públicas, la jerarquía como pauta de organización y funcionamiento de la Administración, las categorías de cargo y oficio, el *demanio* y las servidumbres públicas, la encomienda como forma de gestión pública, el municipio y la provincia en tanto formas de estructuras administrativas territoriales, la noción de función vicarial, y otros tantos supuestos de aquellas técnicas, remotas en su origen, y sin embargo, con plena vigencia en su empleo al día de hoy.

Desde luego, la aparición de las categorías aludidas, al igual que sus correspondientes adaptaciones o modificaciones se producen sin un plan previo, de manera progresiva, dentro de un espacio temporal prolongado, pero además, con marcadas variaciones en cuanto a los matices que los perfilan constantemente, lo que alcanza –como se ha subrayado anteriormente– a las distintas etapas de construcción y aplicación de lo que se identifica como *Derecho Romano* hasta las manifestaciones inscritas en etapas medievales, en las cuales se observa, como una constante que sirve de telón de fondo, las tensiones en torno al Poder, lo que arroja manifestaciones de particular interés en el asunto, como ocurre con las *formas políticas de la Alta Edad Media, la ciudad mercantil medieval* y, en general, con la *idea medieval del Derecho*; cuestiones que refleja con particular consistencia en distintos ensayos, el profesor Manuel García-Pelayo.

Un dato a destacar en el análisis se centra en la influencia proveniente del Derecho canónico. En efecto, como una deriva de la concepción teocéntrica imperante para la época de la Alta Edad Media, se abre espacio a entender la pertenencia de la persona a una comunidad universal constituida por la Iglesia católica; por cuanto, “el orbe cristiano-romano era el ámbito espacial sobre el que se extendía la ordenación teopolítica de la Iglesia romana, se extendía como corporación total que abarcaba en unidad inseparable, aunque no indistinguible, el orden de convivencia política; éste último se configuraba en el Imperio cristiano-

romano llamado <<sacro>> desde la época de Federico I Barbaroja. Dicho de otro modo, el orbe cristiano-romano era el espacio habitado que reconocía la autoridad del papa y del emperador, es decir, de las dos cabezas de la iglesia...”; en razón de lo cual, los cánones que fundamentan y fortalecen la estructura de su cohesión interna se expanden en el ámbito general del Derecho y en las modalidades de ejercicio del Poder, con lo cual, esa concepción se erige como una expresión jurídico-política de innegable influencia y necesaria consideración.

Ciertamente, la fuerza argumental sobre este punto de la cuestión resulta contundente en los términos que alberga este pasaje: “ los símbolos muestran el sentido profundo de las cosas, y en este aspecto no deja de tener interés recordar que la justicia se administraba e la alta Edad Media al aire libre, bajo un árbol o bajo el portal de la iglesia, es decir, junto a dos símbolos cósmicos como cósmica era la idea de la justicia (...) la puerta de la iglesia, e cuanto a entrada al templo, es imagen de la defensa de todo mal, a lo que se añade que la composición del portal es una síntesis simbólica de todo e templo, es decir del lugar sacro por excelencia, y así como el templo se centra en torno a la piedra del altar, así la composición del portal románico y gótico suele centrarse en la imagen del Cristo en Majestad presidiendo el Juicio Final. Y bajo este símbolo cósmico, y justamente en el límite que separa al espacio profano del sacro (*templum*), se administraba justicia, como es todavía administrada todos los jueves, bien que con competencia muy restringida, por el tribunal de las aguas de Valencia...”

De su parte, las constantes transformaciones que ocurren en el medio social, cultural y económico empujan hacia la aparición de distintas modalidades de relación que se imponen progresivamente, dando perfiles definitorios a fórmulas tales como los estamentos y los fueros, junto al empleo de formas abstractas y racionalizadas del Derecho.

En este orden de ideas cabe destacar, junto al surgimiento de la burguesía, el fortalecimiento de la forma de vida urbana. La figura de la ciudad se erige como el ámbito protagonista de la vida en sociedad, lo que conduce al reconocimiento de la colectividad urbana como sujeto, como interlocutor jurídico o sujeto de imputación que pasa a estar vinculado al Derecho mediante el empleo de las Cartas y los Fueros, aquellos instrumentos dirigidos a identificar y regular establemente a una colectividad como unidad política, dotada de una estructura organizativa que se encarga de la gestión de intereses de corte general o colectivo mediante el cumplimiento de funciones que comportan, entre otras cuestiones, el manejo de bienes y recursos, lo que viene acompañado de las responsabilidades consiguientes. En síntesis, *junto a los intereses privados surgen unos intereses públicos, y junto al sujeto de Derecho privado, un sujeto de Derecho público.*

A este elenco, de por sí nutrido y extenso en igual medida, cabe añadir, entre otros, los aportes y referencias que sobre diversos aspectos específicos asociados al tema de la trazabilidad de principios, técnicas y categorías inscritas en el Derecho administrativo, nos ofrecen distintos autores, cuya consulta conduce a reafirmar el enfoque empleado, al tiempo que lleva a corroborar la pertinencia de este punto de reflexión .

En este panorama ocupa un capítulo destacado, por su magnitud y por lo especialmente consistente de sus contenidos a través del tiempo, el tema del régimen local, que no se duda en considerar como parte del Derecho público, metodológicamente inscrito en el campo general del Derecho administrativo. La evidencia de las fuentes remotas del Derecho administrativo en esta materia es tan potente, que resulta difícil encontrar aportes científicos que de una u otra forma no hagan algún empleo de referentes históricos anteriores a la Revolución francesa, dentro de lo que ocupa lugar importante el trayecto que conduce a la proyección geográfica de las instituciones municipales europeas, en particular el proceso de atinente al surgimiento del fenómeno que significa *Iberoamérica* y sus singularidades, derivadas del descubrimiento y consecuente colonización.

Dentro de la línea atinente a la vida local se agrupan numerosas investigaciones dedicadas a la revisión de los distintos niveles de alcance y complejidad que encierran las variadas cuestiones propias de esa temática, lo que arroja el amplísimo espectro en el que se inscriben trabajos que van desde la óptica global o general que inserta levemente la referencia a lo local, como lo hace Beneyto en su estudio general sobre la Administración, pasando por el tratamiento singularizado de determinados matices de la evolución institucional, como ocurre con el papel del Ministro Turgot, en el escenario previo a la Revolución, que somete a detenido análisis García de Enterría; pero también se encuentran estudios sobre las manifestaciones jurídico-políticas de las instituciones locales, como el que cumple de manera minuciosa Enrique Orduña R.; y finalmente, en fecha más reciente, se mantiene la vigencia en la utilización del enfoque, tal como lo pone de manifiesto Valentín Merino en su Tesis Doctoral, una obra de riguroso soporte científico y ambiciosa proyección en la que el autor parte *de la hipótesis de que el derecho municipal español viene influyendo en el régimen de las repúblicas iberoamericanas sin interrupción desde el siglo XVI hasta el momento actual, y continúa.*

Pero, por otra parte, no es inusual encontrar en trabajos dedicados a diferentes temas vinculados al área del Derecho administrativo, múltiples referencias incidentales a categorías, principios o instituciones jurídicas que, teniendo un origen remoto, encajan perfectamente en esta Disciplina y así se manejan sin que ello implique caer en contradicción o incurrir en alguna impropiedad cronológica, y desde luego, sin que tales referencias conduzcan a generar alguna dificultad argumental del razonamiento.

Como es lógico esperar, por consecuencia directa de su propio sentido y naturaleza, en la mayoría de los casos estas referencias son meramente incidentales y, de ordinario, vienen encajadas en investigaciones que incorporan perspectivas históricas en sus enfoques.

De tal manera que, para referirnos únicamente a una pequeña muestra de lo que en este sentido se aprecia sin dificultad en el entorno inmediato de la doctrina venezolana, encontramos referencias de ese corte tanto en obras relativas al orden jurídico en general, como en estudios dedicados al tratamiento monográfico de algunas de las materias específicas en que ese orden general puede sistematizarse, subdividirse o fraccionarse, en función de objetivos metodológicos.

En el primer tipo de aproximaciones procede mencionar el detallado estudio del profesor Tulio Chiossone, en el cual combina el análisis del componente histórico con el perfil sociológico, apuntalado con la revisión de un amplio elenco de factores jurídicos para construir una sólida visión sobre los elementos que se conjugan en la formación jurídica del país, indicando que: “Hemos tratado de exponer en la forma más amplia y concisa que nos ha sido posible, la existencia de la juridicidad que nace a raíz del descubrimiento de Venezuela y progresivamente se va consolidando con la creación de Instituciones y con la formación de un derecho propio instituido paulatinamente por los monarcas españoles para sus posesiones americanas”.

En otros casos se emplean puntos de vista sobre áreas sectoriales que traen consigo tales referencias. Así sucede, en cuanto al dilatado proceso de formación histórica de la ciencia jurídico-minera y al régimen de la minas, con el detallado estudio que aporta el profesor Monsalve Casado, advirtiendo de entrada al lector, que “El proceso de formación de un determinado derecho es, en nuestro concepto, una unidad y si nos vemos obligados a parcelarlo en distintas fracciones, solo es por razones de método y de comodidad, para facilitar el ordenamiento de los conocimientos y el estudio de los mismos; no porque la historia deje de constituir una unidad, una evolución cuyas raíces se pierden en el tiempo...”. Pero de igual modo, el reconocimiento de tales antecedentes distantes se aplica al estudio de determinadas categorías concretas, como serían los supuestos de cargos públicos específicos, cuya evaluación analítica permite identificar la existencia del antecedente histórico de un régimen, siste-

ma u orden jurídico funcionarial, tal como lo hace el profesor Alejandro Canónico al estudiar la figura del Cronista, informándonos que, *en la historia española originalmente se contaba con la figura del cronista real, que se convierte en un cargo oficial a partir del siglo XV, bajo el reinado de Juan II de Castilla, cuando se formaliza mediante nombramiento oficial ese cargo de cronista y se le otorga salario fijo, siendo Juan de Mena, el primero en ocupar el referido cargo.*

Finalmente, en este breve e incompleto recorrido, marcado únicamente a los fines de ejemplificar algunos soportes a los pasajes argumentales que se consignan, encontramos, a lo interno de nuestro ambiente académico, diversas muestras que ponen de relieve el empleo de las referencias a técnicas y fuentes remotas del Derecho administrativo (en cuanto a expresiones institucionales y funcionales), como eje conductor de las investigaciones en el área, lo que conduce directamente a confirmar la existencia y el reconocimiento pacífico de tales antecedentes como una parte de esta Disciplina, precisamente por tratarse de manifestaciones de la administración con relevancia jurídica.

III. LA ADMINISTRACIÓN COMO BLANCO

Ahora bien, dentro de todo lo que hemos venido apuntando hasta este momento, recogemos, con una particular valoración, el aporte de instituciones y técnicas desarrolladas en el marco el Derecho privado, que alimentan al Derecho administrativo desde la operatividad propia de la perspectiva orgánica que se afina como punto dominante en el núcleo de la cuestión. Con esto se refuerza, una vez mas, el papel de la Administración como esa constante imprescindible para la existencia y para la adecuada comprensión del Derecho administrativo, en todo lo concerniente a sus alcances, aportaciones, implicaciones, prospectivas y complicaciones. Pero, por otro lado, la constante que implica el vínculo Administración-Derecho administrativo como epicentro en el que se impregna de contenidos a esta Disciplina conduce, al mismo tiempo, a nutrir el sentido de sus cualidades instrumentales como ordenamiento.

Al respecto, como una elemental referencia empírica que se obtiene sin mayor dificultad, podemos constatar la existencia de una cierta sensación extendida de insatisfacción, de una suerte de censura generalizada, consistente y perenne, como idea dominante en la percepción que, en líneas generales, se tiene sobre los niveles de eficiencia de las Administraciones Públicas (territoriales y funcionales), con las que podemos o debemos interactuar cotidianamente en nuestro quehacer como ciudadanos.

Claro está que, aún cuando se debe reconocer que esa apreciación viene definitivamente influida por los diferentes factores personales o circunstanciales que intervienen en las experiencias de los individuos, con lo cual no siempre se trata de un juicio evaluativo precisamente cargado de equilibrio y objetividad, no es menos cierto que ese escrutinio desfavorable o de insatisfacción está presente, como un tópico común y universal.

Ciertamente, mediante un ligero ejercicio de memoria confirmaremos que lo usual es toparnos con juicios críticos mediana o abiertamente negativos con respecto a los niveles de dotación y las condiciones de prestación de los servicios públicos, al igual que ocurre con denuncias constantes sobre los graves déficits de transparencia en el funcionamiento de las oficinas públicas, o con las quejas acerca de la falta de agilidad y velocidad en los trámites administrativos, su pertinencia, sus resultados o la deficiencia en la información sobre los mismos; en igual sentido se registran ingentes reclamos por la inequidad en el trato de los funcionarios hacia las personas, por los grados de ineficiencia, la corrupción, los indebidamente complicados procedimientos, las conductas reñidas con los preceptos éticos, las malas prácticas administrativas, y un extenso etcétera que alcanza a un robusto y permanentemente renovado *stock* de fallas imputables a las Administraciones, como manifestación de sus prácticas usuales y cotidianas.

Y así ocurre en cualquier latitud y en referencia a todas las formas, escalas y modalidades en que se hacen presentes el aparato administrativo del Estado y sus funciones, cuando son objeto de atención y destinatarios del escrutinio cotidiano por parte de los simples usuarios de su actuación (o de su falta de actuación en términos de oportunidad y adecuación). Pero tal vez más importante, desde el punto de vista que aquí se emplea, es que también sucede de ese modo cuando el asunto se coloca bajo la mirada acuciosa y fundamentada de los críticos calificados.

En este sentido, no es infrecuente recoger severos juicios de descalificación sobre diversas estructuras administrativas y técnicas de gerencia pública que, de ordinario, en el saber común se tienen como ejemplo de eficiencia, a través del testimonio de quienes han sido protagonistas de experiencias personales, o bien, por el decir experto de quienes han profundizado sistemáticamente en la evaluación científica de esas estructuras y sus respectivos desempeños.

Al respecto viene a ser especialmente ilustrativo, como una singular y calificada muestra para visionar el punto que ahora se considera, el enfoque empleado por el prestigioso profesor Jean Rivero en la construcción argumental que despliega en ese formidable opúsculo titulado *El hurón en el Palacio Real o reflexiones ingenuas sobre el recurso por exceso de poder*.

En efecto, para esa ocasión, Rivero plantea una fina, aguda, contundente y muy fundada crítica sobre el sistema contencioso administrativo francés, atendiendo a su significativo valor como una pieza clave para la existencia misma del Derecho administrativo, en cuanto a su arquitectura, en cuanto a su origen (no olvidemos el papel que se asigna al artículo 13 de la Ley 16-24 de agosto de 1790, dirigido, precisamente, a la fórmula de control judicial de la función administrativa) y por último, en cuanto a la eficiencia finalista de su aplicación. Pero lo que ahora nos interesa destacar, en función de los objetivos inmediatos de este estudio, es el empleo de las nociones y alegatos ancestrales que, para enfrentar la concepción del recurso por exceso de poder, trae al debate reflexivo el hurón visitante, en su ingenua conversación al momento de conocer la sede del Consejo de Estado.

En efecto, para someter a escrutinio la eficiencia de las facultades de control de ese destacado organismo, el hurón visitante acude a planteamientos que decanta de reflexiones sobre técnicas y modalidades remotas —en buena medida calificables de rudimentarias o primitivas—, utilizadas ancestralmente por su pueblo para alcanzar el objetivo final de la justicia, dejando en evidencia las fragilidades y carencias del paradigmático sistema generador de tantos elogios, lo que, en definitiva, consiste en revisar las categorías *nuevas o novedosas*, mediante el contraste con las que se ubican en lo que de manera general podríamos entender como el antiguo régimen.

De su parte, y en paralelo, tampoco es extraño observar la aparición de supuestos que implican situaciones, soluciones y respuestas a planteamientos de esa naturaleza, que se insertan en un registro general de oscilaciones constantes y sostenidas, las cuales, atendiendo a su intensidad y dirección, llegan a ser pendulares en cuanto a lo contrastante de las posiciones que ocupan. Vemos así como, en periodos relativamente cortos, se pasa de la preponderancia de tendencias y técnicas de intervención económica pública y estatización a procesos radicales de privatización; de momentos signados por una multiplicación exponencial de regulaciones en muchos campos de actividades que se abren a la presencia de las Administraciones públicas, al protagonismo de la desregulación como fórmula dominante; de claras tendencias centralizadoras a la preferencia marcada por la aplicación de situaciones y mecanismos que apuntan decididamente hacia la descentralización.

En fin, como síntesis de lo que venimos revisando se encuentra que, en el fondo del juego en el que se ubican todos estos datos, subyacen de manera predominante o decisiva, los

vínculos indisolubles entre Política, Administración Pública y Derecho Administrativo (Ciencias Políticas, Ciencias de la Administración y Derecho Administrativo) que no es posible desconocer sin separarse de la realidad, y desde luego, que no resulta útil evadir, pues se trata de la ecuación que recoge la esencia misma del fenómeno objeto de atención.

De allí derivan las claras consecuencias que se erigen como características que particularizan el Derecho administrativo, entre las que destaca su inevitable cercanía con la dinámica política, en razón de la inexcusable interdependencia de las estructuras de gobierno y las de gestión administrativa, junto a lo cual aparece la diversidad dinámica de sus contenidos, ritmos y alcances, en eso que Meilán Gil califica acertadamente como su *inquieta esencia*.

Con todo ello, además, se patentiza la cualidad que conduce a entender que esta disciplina constituye un Derecho *de realización*. En efecto, a diferencia de lo que sucede con otras ramas o disciplinas jurídicas, cuyos contenidos preferiríamos no tener que aplicar porque presuponen la ocurrencia de un evento de quebrantamiento o falta nociva sobre el orden social establecido –y con ello una lesión a las relaciones humanas–, que amerita una reacción radical frente al siniestro y sus indeseables consecuencias, tal como ocurre con el Derecho penal, en el caso del Derecho administrativo, su empleo constante, permanente o cotidiano, es una condición de regularidad, de estabilidad, de orden y, en definitiva, de desarrollo colectivo, con lo cual, si no se aplica, aparece el caos, la anarquía y la ineficiencia.

Esta nota, entre otras, registra de manera destacada, la forma en que la Administración –en tanto pieza encargada de la multiforme y amplia función de gestionar o administrar–, es mucho más sensible que cualquier otra manifestación del Poder Público, a las expresiones de la dinámica social, de la economía, la cultura, la política, las transformaciones tecnológicas, y cualquier otra muestra del quehacer humano con alcance colectivo, directo o indirecto, por insignificante que pueda parecer, lo que de una u otra manera, alcanza al Derecho administrativo en su estructura, en sus formas y en sus repercusiones.

En resumen, estas particularidades que exhibe la Administración pública como actor inevitable y necesario en la cotidianeidad de cualquier conglomerado humano medianamente complejo, así como su sujeción a la percepción crítica constante y al empeño por su adecuación y mejoramiento, la colocan en el punto de atención por distintos enfoques entre los cuales destaca el correspondiente al derecho, en especial, por tratarse del área de presencia del Estado como actor jurídico se relaciona con otros sujetos de derecho, y primordialmente, con la persona humana.

IV. LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS, UNA CLAVE PARTICULARMENTE ÚTIL

Como una consecuencia lógica de lo antes indicado se comprende que la Administración en tanto aparato organizativo, pero igualmente como actividad o función con relevancia jurídica, se complejiza y se extiende por medio de manifestaciones cargadas de variedad, al tiempo que se incrementan y se diversifican los asuntos atinentes a la vida en sociedad, lo que equivale a considerar la influencia de la evolución general de la especie humana en su más amplia diversidad de tendencias, contenidos y formas de expresarse, en extensión e intensidad, sobre la realidad práctica de la Administración pública como fenómeno en torno al cual se monta y se aplica del Derecho administrativo.

Esa dinámica, unida a la plasticidad que se asocia a sus contenidos es, en una proporción muy importante, el factor decisivo para desencadenar los procesos de transformación que han conducido a los cambios registrados a lo largo de la historia, hasta alcanzar a la aparición de lo que, siguiendo a García-Pelayo, podemos calificar como el *Estado de nuestro tiempo*. Una expresión del Estado susceptible de ser comprendido y explicado desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, por ser éste un referente útil para percibir y dar cuenta

adecuada de su complejidad que, en definitiva, implica adaptaciones y transformaciones que se aprecian, en igual medida, en las estructuras organizativas y en los modos de acción o técnicas de gestión que, desde luego, se deben insertar en los espacios del Derecho administrativo, con mayor intensidad y razón, a partir de la concepción del Estado de Derecho.

Es así como mediante la aplicación de este enfoque se avizora, una vez más, la preponderancia del dato que ubica a la Administración como un sujeto de derecho (con destacada relevancia para el campo conceptual, epistemológico y operativo Derecho administrativo), mediante su empleo como un soporte central para esta aproximación.

Por consecuencia, para facilitar la comprensión de este planteamiento —que descansa básicamente en la imagen que contempla la asociación entre Administración y Derecho administrativo, entendida como una determinante esencial, dinámica y constante—, cobra singular relevancia la cuestión de las relaciones jurídico administrativas, de las modalidades en que se vincula jurídicamente ese particular sujeto de derecho, por tratarse de un tema de inexcusable consideración, además de ser una cuestión de cotidiana aplicación e indudable interés reflexivo dentro del amplio entorno que significa la práctica forense.

De su parte, el estudio sistemático y detenido de las relaciones jurídico administrativas se coloca en un lugar destacado como punto de mira cargado de variados matices de significativo valor y utilidad metodológica para acceder a una plataforma metodológica eficaz, en cuanto al tratamiento de los contenidos y categorías del Derecho administrativo en su dimensión total.

De entrada, conviene retener que se trata de una opción que, desde el punto de vista de la metodología, se apoya en la figura de la Administración pública como el dato constante e imprescindible para la aparición de supuestos de hecho y de derecho que atraen la aplicación del Derecho administrativo, pues se concentra en aquellas relaciones jurídicamente relevantes que tienen como denominador común la presencia de alguna Administración pública en el ejercicio de funciones administrativas. De este modo, es una temática que, en su esencia, contribuye a expresar la inevitable asociación entre Administración pública y Derecho administrativo que empleamos como la guía axial de estas reflexiones.

Pero, de otra parte, a través del tratamiento de los distintos elementos que concurren en la figura de las relaciones jurídico administrativas (sujetos, objeto, causa, efectos y garantía) se puede organizar la revisión sistemática de los componentes esenciales de la Disciplina en su conjunto (organizaciones administrativas, ciudadanos, conductas, actividades, prestaciones, cometidos, derechos, situaciones jurídicas, responsabilidades, controles, etc.).

Es evidente que, por múltiples razones cuyo análisis detenido escapa al espacio disponible en esta ocasión, en esta materia ha prevalecido la atención sobre un tipo concreto de relación jurídico administrativa, que es la expresada en el vínculo entre alguna Administración pública y sujetos privados (léase: *administrados, usuarios, ciudadanos, o particulares*). Desde luego, es contundente la riqueza en cuanto a perfiles de interés jurídico que, tanto en el orden práctico como en lo que interesa a la exploración intelectual, aporta esa clase de vínculo, por ser la expresión típica de la relación que se instala entre el individuo y el Estado, entre el ser humano y los centros de ejercicio del poder público, con toda la carga histórica, ideológica, filosófica o práctica que un supuesto de esa naturaleza trae consigo, y que, en virtud de esta formalidad, se vierte en el escenario jurídico, donde se pone en juego, en definitiva, la relevancia y la eficiencia del Derecho.

No obstante, atendiendo a la realidad de las cosas, y conforme al punto de vista que venimos empleando para estas meditaciones, resulta interesante dirigir y potenciar la atención sobre la otra opción de relación jurídico administrativa, esto es, aquella relación en la que el vínculo se establece entre dos o más Administraciones públicas o agentes administrativos en atención al desarrollo de sus funciones.

En tal sentido concurre como un factor de estímulo a este planteamiento, la intensidad y variedad de opciones que se aprecia a simple vista, en cuanto a los supuestos de relacionamiento entre sujetos de derecho que integran estructuras administrativas de distinta factura, lo que tiende a incrementarse de manera sostenida, como consecuencia de la expansión de fórmulas organizativas que, a través de la aplicación de modalidades operativas o funcionales variadas, se insertan en el espacio regulatorio del Derecho administrativo.

La magnitud y la variedad de formatos organizativos aplicados a las Administraciones o agentes públicos (de corte territorial y funcional, con prevalencia en modalidades estructurales tomadas del Derecho civil y mercantil, o bien, colocados dentro de los moldes usuales o típicos del Derecho público) que aparecen en el escenario contemporáneo de la actividad administrativa, se acompañan de un extenso repertorio de conductas o modalidades de actuación variopintas, acotadas por una multiplicidad de elementos que dibujan esa dinámica particularmente interesante y novedosa, aludida en pasajes previos a este momento.

Algunos de esos elementos –que por su entidad imponen dirigir la mirada curiosa, atenta y constante sobre categorías claves del Derecho administrativo– se manifiestan a través de los procesos de descentralización, desconcentración, privatización, así como en factores tales como la valoración de estándares de democracia en la gestión pública, la globalización, el derecho a una buena administración, los procesos políticos y administrativos de integración, las normativas y estructuras de gestión y control de escala supranacional. Ahora bien, de una u otra forma, todos estos elementos se relacionan con factores que impregnan la organización y funcionamiento del aparataje administrativo público, por lo que invitan a mirar con mayor atención las relaciones interadministrativas, en cuanto a sus determinantes técnicas y operativas para, de esta forma, abundar en las categorizaciones jurídicas con mayor precisión y con un nivel superior de eficiencia.

Desde luego, lo deseable es que priven las condiciones de funcionamiento regular y adecuado entre las distintas estructuras de las organizaciones administrativas públicas, mediante la puesta en práctica de los principios y pautas atinentes al ejercicio adecuado de las competencias, la aplicación de técnicas de coordinación, o fórmulas de cooperación y colaboración que pongan en juego valoraciones como la lealtad institucional, entre otros.

Sin embargo, no es extraño observar la aparición de conflictos entre entidades administrativas como un supuesto normal, sobre todo cuando esas entidades no operan bajo el patrón o modo jerárquico; inclusive, podría decirse sin temor a errar, que comienzan a aparecer con cierta frecuencia, situaciones de conflicto abierto entre estructuras administrativas de distintas escalas que, en alguna medida, vienen asociadas con diferencias e interferencias ocurridas en razón del cumplimiento de sus tareas, y no solamente por motivaciones de orden político.

Tales eventos, independientemente de lo llamativos que puedan ser por sus consecuencias, por sus magnitudes, o por la frecuencia con la que se puedan producir, son demostración de conflictos surgidos a lo interno del juego natural de las relaciones jurídico administrativas o con motivo de ellas. Como tales conflictos, que se ubican en el entorno general de las relaciones jurídicas, se orientan hacia el encuentro de vías de solución a través del empleo de los medios jurisdiccionales propios del sistema contencioso administrativo, esto es, dentro del campo de acción del Derecho administrativo.

Como consecuencia de esas situaciones, se abre un campo interesante de reflexión que conduce al abordaje de algunos aspectos que se añaden a los temas atinentes al ámbito concreto de las relaciones entre la Administración y los individuos particulares que tradicionalmente, y desde luego, con sobrada justificación, han ocupado a la doctrina y la jurisprudencia administrativistas, por tratarse del espacio jurídico en el cual tiene mayor realce lo que corresponde a la los derechos individuales y su protección.

Cabe mencionar en este sentido, y por vía de ejemplo, la cuestión relativa a las situaciones jurídicas subjetivas generadas a partir de esos supuestos de conflictos entre Administraciones, y el correspondiente título de legitimación para su protección en el ámbito jurisdiccional.

En efecto, cuando se trata de conflictos entre Administraciones, procede en consideración que los sujetos que se vinculan y devienen enfrentados, ejercitan, por igual, una función pública (no un derecho subjetivo) como soporte de su actuación y de la relación jurídica respectiva que acota el supuesto. En consecuencia, en estos casos, la situación relevante para el Derecho administrativo no se concreta en el enfrentamiento entre un interés jurídico o un derecho subjetivo que exhibe un ciudadano o sujeto particular y el interés colectivo o general que representa o gestiona una dependencia administrativa pública; en estos casos, el asunto se refiere a dos sujetos enfrentados, que actúan a título vicarial, en función de la gestión y la protección del interés general o colectivo que les incumbe, precisamente como factor fundamental de su actividad.

Con ello, como se puede observarse sin dificultad, cambian sustancialmente los parámetros de apreciación del tema, y junto a esto, la potencialidad de los elementos argumentales que de ordinario se emplean, pues deja de tener sentido esa diferencia crucial derivada de la valoración de tales fundamentos de la legitimación para actuar.

V. A MODO DE CIERRE

Como resultado de lo que, a manera de boceto parcial, venimos apuntado en estas líneas, se recoge la cualidad que identifica a la Administración pública como un presupuesto esencial e inexcusable, como una verdadera premisa, para la existencia del sistema u ordenamiento jurídico que identificamos como Derecho administrativo. A tal punto resalta esa cualidad que su denominación responde, precisamente, a la figura de ese destinatario –esencial e insustituible– de las categorías que fungen como sus componentes sistémicos (principios, instituciones, técnicas y reglas), las cuales comportan un registro histórico remoto y un proceso de formación peculiar, cuya consideración resulta más que conveniente para facilitar su comprensión, afinar los datos para su conocimiento, y con ello, mejorar la eficiencia y utilidad en su empleo.

La perspectiva empleada conduce a mantener la mirada en el complejo fenómeno que comporta la administración pública, tanto en su vertiente funcional, como en su expresión organizativa, las cuales resultan igualmente variadas en sus expresiones y en su dinamismo, como un efecto directo de su inevitable vínculo con la realidad social, cultural, económica y política que se define como su entorno natural, como el ecosistema lógico de su existencia, y con ello, acota los espacios de su importancia, su presencia y su constante vitalidad.

De otra parte, el enfoque propuesto conduce a reafirmar la utilidad y las expectativas de solido futuro en la expansión y fortalecimiento del Derecho administrativo en todas sus acepciones, por el amplio, variado y necesariamente vigente alcance cultural de sus contenidos; por el sentido utilitario de su aplicación en la procura y consecución práctica de valores de proyección universal como son, la dignidad del ser humano, la libertad personal y la democracia, en tanto patrones de vida y desarrollo social; y también como espacio que contribuye a preservar el paradigma de la justicia.

En ese sentido, uno de los resultados palpables que se obtiene desde la óptica que ofrece este punto de mira, es la invitación a incrementar el interés por el conocimiento sistemático de las particularidades de la Administración y sus expresiones variopintas, desde los recintos del Derecho administrativo. De esa manera se contribuye a fortalecer su propia esencia, y al mismo tiempo, se logra proyectar su utilidad práctica, con efectos favorables por igual, en cuanto se refleja en sus alcances profilácticos y terapéuticos.

En este escenario ocupa un lugar determinante la tarea que le corresponde cumplir al espectro académico, al ejercicio regular y sostenido de la meditación científica, por tratarse del análisis y evaluación imparcial de las realidades, la construcción de idearios y soluciones racionalizadas y, además, la difusión metódica del conocimiento, lo que, por otra parte, funciona como un instrumento primordial para la formación profesional y del funcionariado, y junto a ello, como una fuente primaria del Derecho en todas sus expresiones y modos de generación, aplicación, revisión crítica y transformación, pues se determina como una guía conceptual y como un referente actualizado del pensamiento.

Ahora bien, como una destacable consecuencia de los tiempos actuales, que vienen marcados por el proceso de mundialización que –entre otros muchos efectos– ha conducido a promover la concepción del denominado Derecho Administrativo Global, es altamente apreciable la existencia de ambientes cargados de comprobada calidad y experticia, dispuestos para la generación y el intercambio de conocimientos traducibles en investigaciones y propuestas calificadas, que encuentran respaldo en la verificación empírica y en el análisis comparado de prácticas y experiencias provenientes del interior de las instancias encargadas de la gestión pública en distintas latitudes.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) que cuenta con una trayectoria de proyección creciente y sostenida que acumula más de dos décadas de ininterrumpida producción intelectual, cuya vigencia invita a prestarle atención detenida por la obra que realiza como proyecto de singular perfil, alcance y significación en el mapa de Iberoamérica, con lo que supera el esquema metodológico de los estudios de Derecho comparado, inscrito en el lugar propio de ese fenómeno único y extraordinario (Iberoamérica), signado por su extensión geográfica, su firmeza en el tiempo y esa variada integridad cultural que, sin lugar a dudas, incorpora y alcanza al Derecho administrativo.

En conclusión, revitalizar el vínculo epistemológico del Derecho Administrativo con lo que se ha conocido tradicionalmente como Ciencias de la Administración es un desafío actual que, lejos de debilitar o desvirtuar el sentido de la Disciplina jurídico administrativa, lo fortalece, pues permite conocer con mayor profundidad, exactitud y sentido crítico el campo al cual se destinan sus contenidos, en el entendido de que lo estrictamente jurídico tiene un alcance limitado y carece de la virtualidad de aportar la solución absoluta y única, dando entrada a la necesaria y requerida visión interdisciplinaria que corresponde aplicar a los fenómenos de alta complejidad.

EL ESTADO DE DERECHO EN JAQUE EN CHILE: UNA MIRADA PREVIA AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973

Marisol Peña Torres*

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
en la Pontificia Católica Universidad de Chile*

Resumen: *El artículo postula que Acuerdo adoptado por la Cámara de Diputados el 22 de agosto de 1973, se aparta de los rasgos clásicos de una crisis, puesto que, en Chile, la crisis que desembocó en el quebrantamiento del Estado de Derecho y, finalmente, en la interrupción de nuestro devenir democrático, dista mucho de haber sido la consecuencia de una situación súbita o espontánea.*

Palabras Clave: *Estado de Derecho – Cámara de Diputados – Fiscalización de los actos del gobierno.*

Abstract: *The article postulates that the Agreement adopted by the Chamber of Deputies on August 22, 1973, departs from the classic features of a crisis, since, in Chile, the crisis that led to the breakdown of the rule of law and, finally, to the interruption of our democratic development, is far from having been the consequence of a sudden or spontaneous situation.*

Key words: *Rule of Law – Chamber of Deputies – Audit of governmental actions.*

A CINCUENTA AÑOS DEL QUIEBRE DEL ESTADO DE DERECHO EN CHILE

La mantención y consolidación del Estado de Derecho es hoy un objetivo más crucial que nunca. América Latina ha tenido y tiene amargas experiencias de atropello a los supuestos más elementales del Estado de Derecho como el respeto a los derechos fundamentales, la independencia de los tribunales de justicia, la existencia efectiva de un sistema de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado y la necesaria transparencia que exige la adopción de las decisiones públicas.

A pesar de que Chile tradicionalmente ha sido visto como un país con una democracia ejemplar y un Estado de Derecho fuerte y estable, también ha experimentado momentos oscuros como aquellos que precedieron a la intervención militar del 11 de septiembre de 1973. Cincuenta años después, la apreciación del significado y consecuencias de ese hecho aun dividen fuertemente a la sociedad chilena.

Podría pensarse que el transcurso de los años va contribuyendo a generar miradas objetivas sobre los acontecimientos del pasado. Sin embargo, lo que suele ocurrir es que el presente introduce sesgos para apreciar la historia, pues es difícil concebir que podamos, desde el momento actual, volver a las situaciones y colocarnos en la ropa de los actores que han ido

* Profesora Titular de Derecho Constitucional y Directora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile y Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

forjando nuestra propia historia. Es probable que este fenómeno tenga que ver no sólo con las experiencias personales, que van formando nuestra propia cosmovisión del mundo, sino que también con la misma evolución de la sociedad cuya identidad propia sigue modelándose en forma permanente.

La reflexión sobre los cincuenta años transcurridos desde el 11 de septiembre de 1973 debiera partir por omitir la calificación de ese momento histórico como “golpe de Estado” o “pronunciamiento militar”, pues la opción por una u otra alternativa es la clave de las divisiones que aún persisten en la sociedad chilena. De allí que convenga intentar un análisis jurídico-político y, por ende, objetivo de las connotaciones que rodearon al gobierno de la Unidad Popular recurriendo a un documento clave para apreciar el clima que precedió al quiebre de Estado de Derecho en Chile y a la consiguiente interrupción de la democracia. En este análisis resultará clave determinar, en primer lugar, si los acontecimientos que desembocaron en la asunción del poder por las Fuerzas Armadas y Carabineros en Chile obedecen efectivamente a una crisis.

En este sentido, Bernardino Bravo Lira ha sostenido que “En los cuatro siglos de historia de Chile, sólo en tres ocasiones se ha producido un derrumbe del régimen de gobierno. El primero fue en el siglo XIX a raíz de la Independencia, y los otros dos en el presente siglo: en 1924 y en 1973. Agrega que “Cada colapso del régimen de gobierno provoca una crisis institucional de cierta duración (...)” y que “En el terreno institucional la crisis se manifiesta en la falta de formas preestablecidas para ejercer el poder, a las que deban atenerse los distintos gobernantes.”¹

El presidente de la Academia Chilena de la Historia, Joaquín Fernandois, resumiendo la noción de crisis planteada por el insigne historiador Héctor Herrera, ha sostenido que “El descubrimiento de la historia por los griegos creó la noción de “crisis” como un componente inescapable de la historia humana.”²

Más específicamente, se plantea que una crisis obedece a un fenómeno caracterizado por los siguientes elementos: a) Una variación de un estado, de una situación, predeterminada; b) Su carácter súbito e indeterminado; c) Su naturaleza objetiva, esto es, que se puede medir, valorar o analizar y d) Su carácter momentáneo.³

La hipótesis que planteamos en esta oportunidad es que el Acuerdo de la Cámara de Diputados, del 22 de agosto de 1973, se aparta de los rasgos clásicos de una crisis, al menos como han sido descritos, puesto que, en Chile, la crisis que desembocó en el quebrantamiento del Estado de Derecho y, finalmente, en la interrupción de nuestro devenir democrático dista mucho de haber sido la consecuencia de una situación súbita o espontánea, según se verá.

EL CONTEXTO Y EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL 22 DE AGOSTO DE 1973

En lo que se refiere al contexto en que se gesta el Acuerdo de la Cámara de Diputados, el diputado Claudio Orrego intervino en la sesión convocada en esa corporación, el 22 de agosto de 1973, planteando la necesidad de presentar un proyecto de acuerdo que representa-

¹ Bravo Lira, Bernardino. “Crisis institucional en Chile: Precedentes y perspectivas”. En: *Revista de Ciencia Política*. Vol. IX, N° 2, 1987, p. 71.

² Fernandois, Joaquín. *Historia, Ideas y Política. El fin del viaje y otros ensayos y estudios*. Instituto ResPública, Santiago, 2016, p. 259.

³ Bustos, Raúl. “Desarrollo local y representación. El concepto de crisis”. En: *Diálogo Andino* N° 25, Universidad de Tarapacá, 2005, p. 55.

ra al Presidente de la República la grave situación por la que atravesaba el país junto con la necesidad de rectificar el rumbo y adoptar las medidas que permitiesen darle al país “una solución pacífica y honorable.”⁴

Se trataba de ejercer la atribución exclusiva que el artículo 39 N° 2.a de la Constitución Política de 1925 confería a la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos del gobierno, lo que le permitía, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que debían transmitirse por escrito al Presidente de la República.

Tradicionalmente, en el sistema político chileno, se ha apreciado que la atribución aludida es parte esencial del juego de los checks and balances propio del Estado de Derecho y su relevancia queda de manifiesto en la valoración que efectúa el tratadista Alejandro Silva Bascuñán cuando sostiene que:

“Es evidente que, siendo la democracia un gobierno de opinión, y el Parlamento el cuerpo que se hace eco con base orgánica y responsable del sentir ciudadano, el Presidente de la República no puede dejar de observar con atención el juicio formulado por la Cámara, la cual desempeña también por su parte un mandato, que, como el suyo, emana del sufragio popular, y cuyo punto de vista pudiera en un momento dado, con más fidelidad que el del Jefe del Estado, reflejar las aspiraciones, intereses y sentimientos de la Nación.”⁵

Así, el sentido de la fiscalización ejercida por la Cámara de Diputados no era sólo obligar al Jefe del Estado a responder sino que, como había puntualizado la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, se trataba de una atribución que suponía un juicio valorativo y que tendía, de algún modo, a confirmar o rectificar la conducta del gobierno procurando que el Ejecutivo acogiera el contenido de la observación o del acuerdo. Desde este punto de vista, la fiscalización de los actos del gobierno importa siempre una finalidad política⁶ que se inserta dentro de la lógica explicada por Karl Loewenstein: “El poder político está distribuido entre varios detentadores del poder que, por lo tanto, están sometidos a un control mutuo.”⁷

Cuando el diputado Orrego intervino en el Pleno de la Cámara de Diputados aquel 22 de agosto de 1973 sostuvo que, a raíz de una comunicación enviada por la Excelentísima Corte Suprema al Presidente de la República, la Cámara ya había celebrado una sesión especial para tratar el problema del quiebre de la juridicidad en Chile, *el que paulatinamente se había ido agravando*, al punto de que “*el país está sufriendo actualmente una crisis que no tiene parangón en nuestra historia patria, a lo largo de ciento sesenta y tantos años de vida independiente.*”⁸ (Las cursivas son nuestras).

Agregaba el diputado Orrego que “Desde hace casi tres años los Diputados demócrata-cristianos, hemos venido reiterando que *el actual gobierno progresivamente ha conculcado el Estatuto de Garantías Constitucionales* que aprobara la Unidad Popular en este mismo Congreso y que permitiera el acceso al poder del señor Salvador Allende Gossens.”⁹ (Las cursivas son nuestras).

⁴ Cámara de Diputados. Sesión 32. Ordinaria, 22 de agosto de 1973.

⁵ Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 101.

⁶ Cea Egaña, José Luis. “Fiscalización Parlamentaria del Gobierno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 1993, p. 8.

⁷ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel Derecho, Barcelona, 2018, p. 91.

⁸ Cámara de Diputados. Sesión 32a. Ordinaria, 22 de agosto de 1973.

⁹ *Ibidem*.

El Estatuto de Garantías Constitucionales o Democráticas fue el nombre que recibió una reforma efectuada a la Constitución Política de 1925 producto de un acuerdo político alcanzado entre la Unidad Popular y la Democracia Cristiana y que posibilitó el ascenso al poder del candidato presidencial Salvador Allende.

En efecto, en la elección del 4 de septiembre de 1970, ninguno de los candidatos había obtenido la mayoría absoluta de sufragios necesaria para acceder a la jefatura del Estado, lo que hacía indispensable que la Democracia Cristiana, cuyo candidato había obtenido el tercer lugar en las urnas, se inclinara por apoyar al candidato de la coalición de partidos cercanos a la derecha (Jorge Alessandri) o a aquél que representaba a las fuerzas de izquierda agrupadas en la Unidad Popular (Salvador Allende). Según lo dispuesto por el artículo 64 de la Constitución Política de 1925, en el supuesto que ninguno de los candidatos hubiese obtenido la mayoría absoluta en la elección presidencial, “el Congreso Pleno elegirá entre los ciudadanos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías relativas”. De allí que el acuerdo político que posibilitó la reforma constitucional que se comenta fue trascendental, porque permitió el ascenso a la Primera Magistratura de la Nación del candidato de la Unidad Popular.

Es importante consignar que el Estatuto de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971, reforzaba los derechos garantizados a los ciudadanos partiendo por asegurar el libre ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano (artículo 9°).

Asimismo, debe recordarse que, en su intervención en el Senado, a propósito de la tramitación de la reforma, el candidato Salvador Allende había expresado: “He venido a decir que estas disposiciones deben entenderse, no sólo como principios consagrados en la Carta Fundamental, sino como la regla moral de un compromiso ante nuestra propia conciencia y ante la historia.”¹⁰

En forma paradójica, tres años después, el diputado Claudio Orrego señalaba, en el hemiciclo de la cámara respectiva que las tentativas que había realizado su propio partido pidiéndole al Presidente de la República que adoptara las medidas para restablecer el orden constitucional y legal del país habían resultado infructuosas afirmando, en consecuencia, que “el señor Presidente de la República no tiene conciencia de la gravedad de la crisis¹¹, de la urgencia, ya vital, de que las rectificaciones se hagan en forma inmediata.”¹²

A lo largo de estos cincuenta años, muchos se han preguntado si la crisis que condujo al fin del gobierno del Presidente Salvador Allende podía haberse evitado a través de una salida netamente institucional que no supusiera el doloroso camino de una intervención militar. De allí que convenga evocar la entrevista concedida por el ex diputado Alberto Zaldívar Larraín, a la Biblioteca del Congreso Nacional, en el sentido que el Acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de agosto de 1973, se gesta teniendo en cuenta que no teníamos un gobierno parlamentario, donde podría haber procedido un voto de censura al gobierno.

¹⁰ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 16ª, 22 de octubre de 1970, p. 621.

¹¹ El propio diputado Orrego sintetizaba los principales aspectos de la crisis que se vivía aludiendo a los atropellos reiterados a las resoluciones del Congreso Nacional, a los atropellos –también reiterados– a atribuciones del Poder Judicial, a los atropellos reiterados a las facultades de la Contraloría General de la República y a los derechos ciudadanos, a los medios de comunicación de los chilenos y, hasta en algunos casos, a la libertad de las personas. Por su parte, en su intervención, el diputado César Raúl Fuentes indicaba que el gobierno había optado por el camino de usar la formalidad de la ley, traicionando su espíritu y “caminando por el sendero de los resquicios legales.” Cámara de Diputados, Sesión 32ª. Ordinaria, 22 de agosto de 1973.

¹² *Ibidem*.

En efecto, como los sistemas parlamentarios de gobierno se basan en una relación permanente de confianza entre el Ejecutivo y el Parlamento es natural que éste pueda manifestar su desconfianza, e incluso, su censura al gobierno, lo que suele motivar su caída, y su reemplazo por un gabinete encabezado por el líder de la oposición.

Se trata, a nuestro juicio, de un punto importante de relevar, pues las posibilidades constitucionales para exigir las responsabilidades del Jefe del Estado en Chile son más limitadas que las que existen en un gobierno parlamentario, aunque sí existen como ocurre con el mecanismo de la acusación constitucional que puede llevar a su destitución en el cargo.

De allí que quienes se preguntan por qué no se acusó constitucionalmente al Presidente Allende por haber infringido abiertamente la Constitución y las leyes deben tener en cuenta que, en esos momentos, no existía el piso político necesario para activar este contrapeso, lo que es reconocido por la propia Biblioteca del Congreso Nacional en uno de sus informes: “Los resultados electorales reflejan la polarización del electorado, en un contexto de crisis política y económica. A pesar de que la UP (Unidad Popular) no obtuvo la mayoría absoluta, su votación fue importante para frustrar los intentos de la CODE de obtener 2/3 de la votación, necesarios para impulsar una acusación constitucional contra el Presidente de la República.”¹³

Hay que tener en cuenta que, luego de la elección parlamentaria de marzo de 1973, el Congreso quedó integrado en un 43% por parlamentarios que se identificaban con la Unidad Popular y por un 56% de parlamentarios que pertenecían a partidos integrantes de la Confederación por la Democracia (CODE).

La existencia de dos visiones profundamente contrapuestas acerca de la forma cómo se venía desarrollando el gobierno del Presidente Allende quedó de manifiesto en el debate sostenido al interior de la Cámara de Diputados el 22 de agosto de 1973 y reflejaba una profunda división ideológica como puede desprenderse de las diversas intervenciones desarrolladas ese día.

Para una de esas visiones, el Jefe del Estado había caído en ilegitimidad de ejercicio atendidas las reiteradas vulneraciones al ordenamiento jurídico y a la institucionalidad del país, entre las que se incluía el hecho de haber incorporado a miembros de las Fuerzas Armadas a su gabinete. En ese sentido se orientaron las intervenciones de los diputados Pérez de Arce y Arnello.¹⁴

El diputado Hormazábal agregaba que “Pedimos, a través del proyecto de acuerdo, que se clarifiquen situaciones pendientes, que tienen al país enfrentado a una situación dramática, extraordinariamente grave.”¹⁵

Para la otra visión, cercana al oficialismo, el ordenamiento jurídico vigente, proveniente en medida importante del siglo XIX, no resultaba acorde a la necesidad de impulsar las profundas transformaciones que el pueblo chileno le había encomendado al Presidente Allende al confiarle la primera magistratura de la Nación. Interesante resulta traer a colación aquí las palabras expresadas por el diputado Luis Maira cuando señaló que “*el problema sustantivo del cual es indispensable partir para realizar un enfoque de lo que está sucediendo en Chile no es otro que el del Estado de Derecho y su justa correlación con las transformaciones*

¹³ Fuente: <https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/index.html?periodo=1833-1891>. [Consultado el 14 de julio de 2023].

¹⁴ Cámara de Diputados. Sesión 32a. Ordinaria, 22 de agosto de 1973.

¹⁵ *Ibidem*.

económicas indispensables en nuestra patria.”¹⁶ (Las cursivas son nuestras). En otras palabras, existía una contradicción entre el impulso a esas transformaciones y el verdadero lastre que implicaba una normativa que no las permitía. Sin embargo, para ser justos, sus palabras no revelaban un intento abierto por quebrantar la juridicidad, pues dejaba claro que se trataba de “realizar, *dentro de la Constitución*, dentro de la legalidad, las transformaciones profundas que nuestro país exige y permitir el avance hacia una sociedad de trabajadores.” (Las cursivas son nuestras)

La intervención del diputado Maira aquel 22 de agosto de 1973 no registra ninguna alusión a la “legitimidad” del gobierno del Presidente Allende, lo que puede ser interpretado de dos formas. Primero, por la confusión entre “legitimidad” y “legalidad” entendiéndose que la primera queda subsumida o es parte de la segunda, en circunstancias que lo “legal” es lo que se conforma con el ordenamiento jurídico vigente, mientras que lo “legítimo” obedece a la conformidad de la actuación de las autoridades al ideal de derecho o a la idea de bien común existente en la sociedad. La segunda hipótesis es que el diputado Maira haya tenido clara esa distinción, pero haya omitido, deliberadamente, hablar de “legitimidad” asumiendo que el gobierno encabezado por el Presidente Allende estaba traduciendo efectivamente el mandato ciudadano recibido en las urnas y luego ratificado por el Congreso Pleno en 1970.

EL QUIEBRE DEL ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DEL ACUERDO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE 22 DE AGOSTO DE 1973

El Estado de Derecho es un principio intrínsecamente unido a la democracia. Bastaría citar, en este sentido, lo prescrito en el artículo 2° de la Carta Democrática Interamericana, suscrita por los Estados miembros de la OEA, el 11 de septiembre de 2001: “El ejercicio de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.”

El Acuerdo de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973 concluye el diagnóstico de la situación crítica que Chile vivía en ese momento representando al Presidente de la República y a los Ministros de Estado, miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros, el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República que entrañan los hechos y circunstancias referidos en los considerandos precedentes. Lo anterior en base a la constatación de que “el Gobierno no ha incurrido en violaciones aisladas de la Constitución y de la ley, sino que ha hecho de ellas un sistema permanente de conducta, llegando a los extremos de desconocer y atropellar sistemáticamente las garantías que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República y, permitiendo y amparando la creación de poderes paralelos, ilegítimos, que constituyen un gravísimo peligro para la nación, con todo lo cual ha destruido elementos esenciales de la institucionalidad y del Estado de Derecho” (considerando 6°).

De dicha conclusión se desprende que no estábamos frente a hechos espontáneos, menos aislados. Se trataba de una pauta de conducta permanente del gobierno de la época que, públicamente, había reconocido que el ordenamiento jurídico vigente constituía un freno para alcanzar los objetivos de consolidar el poder popular.

¹⁶ Concretamente, el diputado Maira expresaba que había voluntad política y decisión de acatamiento y uso del sistema jurídico para profundizar la reforma agraria, para nacionalizar el cobre y las demás riquezas básicas, para constituir un área social de la economía que se torne dominante respecto del sector capitalista y para estatizar mediante la adquisición legal de las acciones bancarias, las veintiocho empresas o bancos privados existentes en nuestra patria.

El quebrantamiento de la Constitución y de la ley se basaba, principalmente, en la conculcación de derechos constitucionales básicos de personas y grupos.

Así, el Acuerdo de la Cámara de Diputados destaca la vulneración de la igualdad ante la ley por haberse fomentado discriminaciones sectarias y odiosas que habían visto su punto culminante en la proclamación efectuada por el Presidente de la República de que no se consideraba Presidente de todos los chilenos (considerando 10 letra a).

También estima conculcada la libertad de expresión en la medida que se ejercían toda clase de presiones económicas contra los órganos de difusión que no eran incondicionales del Gobierno, clausurando ilegalmente diarios y radios e imponiendo a estas últimas cadenas ilegales y encarcelando a periodistas de oposición, con lo cual se vulneraba también el sano pluralismo político que exige la democracia (considerando 10 letra b).

Del mismo modo, denunciaba la afectación del principio de autonomía universitaria y del derecho constitucional de las Universidades para establecer y mantener canales de televisión (considerando 10 letra c). Otro tanto ocurría con la libertad de enseñanza al aplicarse, en forma ilegal y subrepticia, un Decreto de Democratización de la Enseñanza (considerando 10 letra e).

Asimismo, consideraba transgredido el derecho de reunión, a lo que se unía el hecho de haberse permitido que grupos armados se reunieran sin sujeción a los reglamentos y se apoderaran de las calles y poblaciones para amedrentar a la población (considerando 10 letra d).

Particular atención presta al Acuerdo a la vulneración del derecho de propiedad al permitir y amparar más de 1500 tomas ilegales de predios agrícolas y al promover las tomas de establecimientos industriales y comerciales para requisarlos o intervenirlos ilegalmente consolidando, por la vía del despojo, “el área estatal de la economía”¹⁷ (considerando 10 letra f).

A lo anterior unía las diversas afectaciones al derecho a la libertad personal detalladas también en distintas letras del considerando 10 del Acuerdo.

Todas estas transgresiones a los derechos fundamentales, incluso en su núcleo indisponible para el legislador, se fueron consolidando en el tiempo a través de hechos meramente fácticos como las tomas de industrias y empresas, pero también de herramientas jurídicas como fue el caso de los resquicios legales. Particular importancia adquirió, en esta lógica, el decreto ley 520, de 1932, que permitía expropiar industrias cuando éstas se encontraban en “receso” (Art. 5°).

Podría pensarse que cada uno de estos atropellos debía haber sido frenado por los tribunales de justicia que, al decir de la Comisión de Venecia, tienen la misión de ser guardianes de los derechos y libertades de las personas¹⁸. Sin embargo, y como indica el propio Acuerdo de la Cámara de Diputados, el Gobierno había dejado sin aplicación las sentencias o resoluciones judiciales contrarias a sus designios efectuando verdaderos “juicios de mérito” a los fallos judiciales (considerando 8° letra c).

¹⁷ En sentencia Rol N° 15, de 30 de mayo de 1973, el Tribunal Constitucional se declaró incompetente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que creaba las tres áreas de la economía basada en la solicitud del Presidente de la República de que el proyecto volviera al Congreso Nacional para concluir su tramitación en circunstancias de que, como se lee en la propia sentencia, el Jefe del Estado había incumplido su obligación de promulgar el proyecto aprobado por el Congreso Nacional.

¹⁸ Comisión de Venecia. Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial, adoptado en su 82ª Reunión Plenaria, del 12 al 13 de marzo de 2010.

Algo similar había acontecido con la Contraloría General de la República cuyos dictámenes y actuaciones destinados a representar la ilegalidad de los actos del Ejecutivo o de sus entidades dependientes habían sido sistemáticamente violados (considerando 9°).

Si el Gobierno había vulnerado la separación de poderes respecto del Poder Judicial también había ocurrido lo propio con las potestades del Congreso Nacional al abusar del mecanismo de los decretos de insistencia pasando por sobre la voluntad del legislador (considerando 7° letra a), burlando la facultad fiscalizadora del Congreso cuando destituía a los Ministros de Estado (considerando 7° letra b) y arrogándose la potestad constituyente que le correspondía al Congreso al negarse a promulgar la reforma constitucional sobre las tres áreas de la economía (considerando 7° letra c).

Todo lo anterior se desarrollaba en un clima que, según el Acuerdo de la Cámara de Diputados, permitía el funcionamiento de grupos armados destinados a enfrentarse con las Fuerzas Armadas ((considerando 12), diluyendo el monopolio legítimo del empleo de la fuerza que a éstas les corresponde en nombre del Estado.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Cada uno de los actos y vulneraciones descritos en el Acuerdo de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973 demuestra que, pese a las declaraciones de las fuerzas afines al gobierno de la Unidad Popular, desde la misma asunción del Presidente Salvador Allende al poder, se fue gestando un deterioro de los supuestos básicos sobre los que se estructura el Estado del Derecho que, finalmente, supone el sometimiento de la autoridad a un orden mínimo para una convivencia civilizada.

El dilema, como bien lo insinuara el diputado Luis Maira, en esa histórica sesión de la Cámara de Diputados, parecía ser cómo consolidar el ideal mesiánico revolucionario que se había atribuido la Unidad Popular con el “lastre” que significaba el ordenamiento jurídico vigente. Cincuenta años después puede decirse, con fundamento, que la respuesta a ese dilema fue el quebrantamiento de la institucionalidad vigente para acelerar esas transformaciones.

El precio que Chile debió pagar fue muy caro. La interrupción de la democracia nunca puede ser un triunfo. Es un fracaso de la sociedad entera, pero, principalmente, de aquellos que debiendo ejercer los contrapesos propios del Estado de Derecho, no lograron hacerlo.

Y, respecto de las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, ya no cabe interpretar que el llamamiento que les hace la Cámara de Diputados a los Ministros de Estado, miembros de esas instituciones, de poner término inmediato a todas las situaciones que suponían la infracción de la Constitución y las leyes, pueda importar una especie de encargo de interrumpir, por la vía de las armas, el funcionamiento de la democracia. Primero, por una razón de texto: ese llamado se efectúa “con el fin de encauzar la acción gubernativa por las vías del Derecho y asegurar el orden institucional de nuestra patria” (punto resolutivo 2° del Acuerdo), lo que habría resultado incompatible con un alzamiento militar. Segundo, porque quienes concurren a adoptar dicho acuerdo han señalado, categóricamente, que éste no importaba “una petición a las Fuerzas Armadas” habiéndose tenido presente la eventualidad de que pudieran intervenir los militares.¹⁹

¹⁹ Entrevistas concedidas por los ex diputados Gustavo Lorca y Alberto Zaldívar Larraín a la Biblioteca del Congreso Nacional.

Así, un análisis objetivo del Acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de agosto de 1973, arroja lecciones que, sin duda, deben ser tenidas en cuenta en estos momentos, en que cincuenta años después, nos encontramos abocados a redactar y aprobar una nueva Constitución para Chile, una que se proyecte adecuadamente hacia el futuro, pero que asuma, sin sesgos, las lecciones penosas que nos ha dejado nuestro pasado, entre otras, que el fin nunca justifica los medios.

Por la misma razón, nada de lo que se ha sostenido en este análisis puede justificar cualquier violación a los derechos humanos que se haya producido una vez ocurrida la intervención militar, pues el Estado de Derecho exige que, incluso en los períodos de anormalidad constitucional, como son los estados de excepción, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sean respetados.²⁰

²⁰ Art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

FALACIAS DEL “LIBRO AZUL” BRITÁNICO EN LA CUESTIÓN VENEZOLANA (1896)

William L. Scuggs

*Asesor Jurídico del Gobierno de Venezuela,
y Abogado Especial ante la Comisión de Límites*

Resumen: *Esta es una reproducción del folleto publicado en 1896 por William L. Scuggs, entonces Asesor Jurídico del Gobierno de Venezuela y Abogado Especial ante la Comisión de Límites, con sus comentarios al Libro Azul Británico sobre la Controversia Venezuela-Reino Unido sobre el Territorio Esequibo, presentado ante el Parlamento en Londres en ese año, poniendo en evidencia las falsedades históricas del mismo.*

Palabras Clave: *Libro Azul británico 1896; Guiana; Guiana Británica; Guayana Esequiba.*

Abstract: *This is a reproduction of the pamphlet published in 1896 by William L. Scuggs, then Legal Adviser to the Government of Venezuela and Special Lawyer in the Boundary Commission, with his comments on the British Blue Book on the Venezuela-United Kingdom Controversy over the Essequibo Territory, presented to Parliament in London in that year, exposing the historical falsehoods of the same.*

Key words: *British Blue Book 1896; Guiana; British Guiana; Guayana Essequibo.*

NOTA INTRODUCTORIA DEL DIRECTOR DE LA REVISTA

La controversia diplomática entre Venezuela y el Reino Unido por la ocupación ilegítima por parte de las autoridades de la Colonia británica de Guiana de parte del territorio venezolano al oeste del río Esequibo, puede decirse que se inició fácticamente en 1841 cuando el explorador alemán Robert Schomburgk –convertido entonces en agente oficial británico para demarcar las fronteras–, comenzó a colocar hitos supuestamente de límites entre la Colonia británica y Venezuela en la propia desembocadura del río Orinoco.

Después de la firme protesta de Venezuela, la que dio lugar al retiro de las marcas que fueron calificadas por las autoridades británicas como simples indicaciones de carácter científico, y a pesar de que en 1850 los dos países llegaron a un Acuerdo diplomático comprometiéndose a no ocupar territorios al oeste del río Esequibo, la invasión colonial británica continuó, con la protesta de Venezuela. Ello llegó a generar un conflicto internacional de escala, que provocó la decisión de Venezuela adoptada en 1876 de romper relaciones diplomáticas con el Reino Unido, con la secuela de la intermediación posterior del gobierno de los Estados Unidos con base en la denominada Doctrina Monroe, el cual exigió al Gobierno británico en 1895, como vía de solución de la controversia sobre la frontera entre la Guiana Británica y Venezuela, que la misma se sometiese a un Tribunal Arbitral internacional.

El mismo año, el gobierno del Presidente Cleveland obtuvo el acuerdo del Congreso de los Estados Unidos para el nombramiento de una muy importante Comisión Presidencial para determinar el verdadero límite entre Venezuela y la Colonia de la Guiana británica, la cual realizó una extraordinaria labor de documentación histórica sobre el tema demostrativa de los

derechos de Venezuela sobre el Territorio Esequibo; y en Inglaterra, al año siguiente, en 1896, el Gobierno de su Majestad británica, ante la creciente presión internacional y las potenciales perspectivas bélicas del conflicto, a su vez tuvo que elaborar y presentar ante las dos Cámaras del Parlamento un *Libro Azul*, con *Documentos y correspondencia relacionados con la cuestión de los límites entre la Guayana Británica y Venezuela*, basados en un conjunto de falacias y falsedades históricas, buscaron fundamentar las ilegítimas invasiones y usurpaciones territoriales británicas y desconocer los derechos territoriales de Venezuela sobre el Territorio Esequibo.

Dicho *Libro Azul* fue objeto inmediatamente de una respuesta por Venezuela, destacando precisamente dichas falacias, mediante un documento oficial preparado por el Ministerio de Relaciones Exteriores titulado: *Alegato de Venezuela. Contestación al "Libro Azul Británico" presentado a las dos Cámaras del parlamento en marzo último con el título de "Documentos y correspondencia relativos a la cuestión de Límites entre la Guayana Británica y Venezuela,"* Edición Oficial, Imprenta Nacional, Caracas 1896.

Ese importante *Alegato de Venezuela*, contestación al *Libro Azul Británico*, además de haberse publicado originalmente en español en forma oficial, también se publicó en una traducción al inglés por *The Franklin Printing and Publishing Co. Atlanta GA.*, 1896.¹

Además del *Alegato de Venezuela*, en relación con el mismo *Libro Azul* británico, el Sr. William L. Scruggs, Asesor Jurídico del Gobierno de Venezuela, escribió un trabajo que es el que aquí se reproduce, con el título de *Fallacies of the British "Blue Book" on the Venezuelan Question (Falacias del "Libro Azul" británico en la cuestión venezolana)*, publicado por McGill & Wallace, Law Printers, Washington DC 1895.²

Es importante este texto y por eso hemos considerado útil su reproducción en la *Revista* ciento treinta años después de publicado, particularmente después de la lectura de la *Memoria* presentada por la República Cooperativa de Guyana en 2022 ante la Corte Internacional de Justicia, y constatar cómo, para tratar de fundamentar su demanda contra Venezuela para que dicha Corte declare válido el Laudo Arbitral del Tribunal de París de 1899, que Venezuela considera nulo; como si el tiempo no hubiera pasado, Guyana repite casi textual y literalmente, los mismos errores y falacias históricas contenidos en el mencionado *Libro Azul* Británico de 1896 en los cuales el Gobierno del Reino Unido también trató de fundamentar sus pretendidos derechos territoriales sobre la Guayana Esequiba, desconociendo los de Venezuela.

Lo expresado por Guyana en su *Memoria* de 2022, en efecto, para tratar de fundamentar los supuestos derechos del Reino Unido sobre el territorio que ocupó ilegítimamente en la Guayana Esequiba, y negar los derechos históricos de Venezuela sobre la misma, sigue casi exactamente lo expresado por el Gobierno británico en el mencionado *Libro Azul*, estando llena de las mismas inexactitudes y falsedades históricas respecto del proceso de descubrimiento, conquista y toma de posesión de la Tierra Firme, es decir, de América meridional, por parte de la Corona española a partir de finales del siglo quince, tratando de fundamentar la ilegítima y puntual ocupación de partes del territorio de la Guayana Esequiba mediante establecimientos montados por empresas comerciales holandesas, que

¹ Véase en: https://play.google.com/books/reader?id=BKYzAQAIAAJ&pg=GBS.PA2&hl=es_419

² La copia del original de este escrito reposa en los archivos de la Biblioteca de la University of California. Dicha copia esta disponible en Google Book para la lectura y uso de carácter informativo e investigación del tema por parte de académicos o cualquier persona interesada en el tema. La versión en castellano que reproducimos es una traducción libre "pero sujeta en rigurosidad con el lenguaje del siglo pasado para su lectura" que ha realizado la Asociación Civil Mi Mapa de Venezuela incluye Nuestro Esequibo, para ponerla a disposición de todos los interesados

fueron los únicos cedidos en 1814 al Reino Unido, ignorando completamente el proceso de descubrimiento, ocupación y toma de posesión de dichos territorios por España a partir de 1498.

Como lo hemos destacado recientemente,³ la *Memoria* de Guyana presentada en 2022 ante la Corte Internacional de Justicia, entre otras muchas, repite las siguientes falsedades que ya se encontraban en el *Libro Azul Británico*:

Primero, que supuestamente:

“Los primeros europeos que se establecieron en la actual Guyana, incluida la región del Esequibo, fueron los holandeses. Llegaron en 1598, diecisiete años después de que las “Provincias Unidas” declararan su independencia de España. Exploraron el Orinoco tierra adentro, hasta el río Caroní. Desde allí se trasladaron hacia el este a lo largo de la costa y establecieron asentamientos en varios puntos entre los ríos Orinoco y Amazonas. (*Memoria* Guyana, par. 2.11).

Esto es una falacia. Para 1598, los exploradores españoles habían ya tomado posesión de todo el territorio de Tierra Firme, extendiéndose la frontera de los territorios sobre los cuales los españoles tomaron posesión en nombre de la Corona española, que conformaron las Provincia de *Nueva Andalucía* (1568), y de *Guayana* (1568, 1582, 1595) hacia el este, hasta el río Amazonas. A partir de la fecha mencionada en la *Memoria* de Guyana, de 1589, lo que se establecieron en la costa de las Guayanas por los holandeses, exclusivamente al este del río Esequibo fueron tres establecimientos comerciales, por una compañía de una de las provincias de los Países Bajos en guerra contra España.

Segundo, que supuestamente, los holandeses:

“ocuparon y administraron el territorio entre los ríos el Esequibo y Orinoco hasta principios del siglo diecinueve, cuando fueron suplantados por los británicos...” (*Memoria* Guyana, par. 1.27)

Esto es una falacia. Los holandeses jamás ocuparon y administraron territorio alguno en la cuenca del Orinoco, y para principios del siglo diecinueve, solo tenían tres establecimientos comerciales en las bocas de los ríos Esequibo, Berbice y Demerara, exclusivamente, que fue lo único que pudieron haber cedido a los británicos en 1814.

Por ello fue que precisamente el explorador Robert Schomburgk, en su reconocimiento y descripción exacta de la Guiana Británica, tanto en 1835 como en 1837, como se aprecia de los Mapas que elaboró en esas fechas, la redujo solo a esos tres establecimientos, antes que la “inflación territorial” causada por el descubrimiento de yacimientos de oro comenzara a manifestarse posteriormente en su rol –no de explorador– sino de “demarcador” de una frontera, basándose no en hechos históricos, sino en elementos fácticos y naturales como los que resultaban de las cuencas de los ríos, pero que no obedecía a ninguna realidad política.

Tercero, que supuestamente, una de las Cámaras de la compañía *West India Company* establecida en 1621, “la Cámara Zeeland, formalmente llevó a cabo la colonización de la Región del, Esequibo” (*Memoria* Guyana, par. 2.12); “Región,” que en la misma *Memoria* se define como “comprendiendo todo el territorio de Guyana que se encuentra al oeste del río Esequibo, por el cual se nombra la Región” (*Memoria* Guyana, par. 2.2).

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derechos de Venezuela sobre el Territorio Esequibo, la nulidad del laudo arbitral de 1899 y las falsedades en la Memoria de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2023.

Esto es una falacia. La única “colonización” que tuvo lugar en esa Región denominada Esequibo por parte de los holandeses a partir de 1621, fue la realizada por una empresa comercial, y no por algún Estado, y estuvo reducida exclusivamente a los antes mencionados establecimientos comerciales situados en las desembocaduras de los ríos Esequibo, Demerara y Berbice.

Cuarto, que supuestamente:

“La sede de gobierno para la Colonia Esequibo fue establecida en Kykoveral, y, desde allí, las provincias Unidas ejercieron posesión, control y autoridad política sobre el territorio entre los ríos Esequibo y Orinoco” (*Memoria Guyana* par. 2.12).

Esto también es una falacia. Kykoveral es una isla fluvial situada en la confluencia del río Mazaruni con el río Cuyuní antes de su desembocadura en el río Esequibo, y allí lo que ubicaron los holandeses fue solo y exclusivamente un fuerte que existió hasta 1748, cuando fue abandonado, siendo totalmente falso que allí se hubiera establecido algún “gobierno” que hubiera ejercido “posesión, control and autoridad política en el territorio entre el río Esequibo y el río Orinoco.” Las escasas incursiones que los holandeses hicieron hacia el río Orinoco siempre fueron repelidas por los españoles de la Provincia de Guayana; y el territorio entre el río Orinoco y el río Esequibo siempre estuvo bajo autoridad española, particularmente ejercida por las Misiones de Capuchinos que allí se establecieron por cuenta y nombre de la Corona española.

Quinto, que supuestamente:

“La colonización Española del norte de América del Sur comenzó en el siglo dieciséis en Nueva Granada, donde está ubicada la actual Colombia, y lentamente se extendió hacia el este hasta el río Orinoco” *Memoria Guyana* pr. 2.13).

Esto es una falsedad. Es un hecho histórico irrefutable que la ocupación y toma de posesión del territorio de la parte norte de Sur América, desde el Istmo de Panamá hasta el río Amazonas, comenzó con el descubrimiento por Cristóbal Colón de la Península de Paria en la actual Venezuela y de la desembocadura del río Orinoco en 1498; y continuó con la navegación de Vicente Yáñez Pinzón, en 1499 bordeando la costa norte del Brasil hasta el Delta del Amazonas, obteniendo Capitulación para ir a descubrir desde la punta de Santa María hasta Rostro Hermoso y el río de Santa María de la Mar Dulce (el Marañón o Amazonas); la navegación de Rodrigo de Bastidas en 1500, acompañado de Juan de la Cosa, obteniendo éste último en 1504 Capitulación para ir a descubrir el Golfo de Urabá, y el primero, en 1524, Capitulación para descubrir y poblar la provincia de Santa Marta; la navegación de Alonso de Hojeda, acompañado de Américo Vesputio por las costa de Venezuela y redescubriendo la pesquería de perlas cerca de la Isla de Margarita, obteniendo Capitulación en 1504 para ir a descubrir a Coquibacoa (La Guajira), fundándose en la isla de Cubagua, en 1508, en la costa de Venezuela la Ciudad de Nueva Cádiz; y la Capitulación otorgada a los Welser en 1528 para el descubrimiento y población de lo que hoy es Venezuela, desde Maracapaná a Cabo de la Vela.

A ese primer proceso de descubrimiento y población, lo siguió el viaje de Diego de Ordaz en 1530, con Capitulación para descubrir, conquistar y poblar doscientas leguas desde Maracapaná, en los confines de la Capitulación a los alemanes, hasta el río Marañón (Amazonas), llegando en 1531 a Paria. Después de la expedición de Diego de Ordaz por el Orinoco en 1531, la penetración efectiva hacia la Guayana venezolana hacia el este comenzó a partir de 1568, primero con la creación de la Provincia de Nueva Andalucía, desde Cumaná; y luego, con la creación de la Provincia de Guayana desde el Nuevo Reino de Granada, ambas con frontera este ubicada en el río Amazonas.

En ese año 1568, en efecto, se estableció, primero, la Provincia de la Nueva Andalucía o Cumaná mediante Capitulación otorgada a Diego Fernández de Serpa, la cual comprendió en diversas ocasiones a las Provincias de Trinidad y Guayana; y segundo, la Provincia de Guayana mediante Capitulación otorgada a Gonzalo Jiménez de Quesada para descubrir y poblar los llanos, provincias y tierras al oriente del Nuevo Reyno de Granada, lo cual se hizo efectivo en 1569, por Antonio de Berrío, quien fundó la ciudad de Santo Thomé de Guayana en la ribera del Orinoco en 1595, y antes, en 1592, la ciudad de San José de Oruña, en la isla de Trinidad que siempre formó parte de dicha Provincia.

Esos fueron los vastos territorios que formaron parte de la Tierra Firme, denominados geográficamente como *Caribana* y *Guiana*, donde los holandeses ubicaron algunos establecimientos comerciales, y nada más.

En consecuencia, después de haber los españoles descubierto y navegado toda la costa de la Tierra Firme, el proceso de colonización española puede decirse que comenzó formalmente en 1508 con el establecimiento de la ciudad de Nueva Cádiz en la isla de Cubagua situada entre la Isla de Margarita y la costa este de Venezuela.

Sexto, que supuestamente, para 1621, los holandeses “ya habían construido múltiples asentamientos entre los ríos Orinoco y Esequibo” (*Memoria*, Guyana par. 2.13).

Esta es otra falacia. Para 1621, en realidad, aparte de algunas plantaciones que se situaron en la boca de los ríos Esequibo, Berbice y Demerara, el único establecimiento que los holandeses tenían establecido al oeste del río Esequibo, pero muy cerca del mismo, era el Fuerte en la isla de Kikoveral, antes mencionado.

Séptimo, que supuestamente “Los españoles no establecieron asentamientos al este del río Orinoco” (*Memoria*, Guyana par. 2.14).

Otra falacia. Al contrario, durante los siglos diecisiete y dieciocho, España estableció numerosos asentamientos al este del río Orinoco, gobernados y administrados por los Misioneros Capuchinos, quienes estuvieron formalmente a cargo del proceso de colonización del Territorio Esequibo en nombre de la Corona Española.

Octavo, que supuestamente “Para 1630, la autoridad holandesa se extendió a todos los puertos al este del río Orinoco” (*Memoria* Guyana par. 2.14).

Una falacia más. En realidad, es que para 1630 no había autoridad holandesa alguna al este del río Orinoco hasta el río Esequibo; sólo había tres establecimientos en las desembocaduras de los ríos Esequibo, Demerara y Berbice, con fines comerciales, y un fuerte en la isla fluvial de Kykoveral.

Noveno, que supuestamente, para el momento cuando se suscribió el Tratado de Múnster en 1648:

“España en consecuencia renunció a cualquier pretensión que pudiera tener, *inter alia*, respecto del territorio ocupado y administrado por Holanda al este del río Orinoco” (*Memoria*, Guyana par. 2.15)

Una falacia más. Para ese momento, el único asentamiento que tenían los holandeses al este del río Orinoco hasta el río Esequibo en el interior de la Guiana Esequiba era el fuerte en la isla de Kyk-over-al, situada en la confluencia del río Mazaruni con el río Cuyuní, antes de su desembocadura en el río Esequibo.

Décimo, que supuestamente, en un Mapa de William Blaeuw (1667), el río Orinoco fuera:

“La frontera entre los territorios Holandeses y Españoles en el norte de Sur América, de acuerdo con el Tratado de Münster” (*Memoria Guyana* par. 2.16)

Otra destacada falacia. El Tratado de Münster, al reconocer los establecimientos de Demerara, Berbice y Esequibo a favor de las Provincias Holandesas, situados en las desembocaduras de los del mismo nombre, fundamentalmente al este del río Esequibo, lo que determinó fue que, al oeste de dicho río, el dominio sobre las tierras de la Provincia de Nueva Andalucía y Guayana era de la Corona española. Por lo que las ocupaciones holandesas en las desembocaduras y cuencas de los ríos Pomeroon, Moruca, Waini, y Barima, al igual que en el Alto Cuyuní, fue siempre una ocupación de hecho e ilegítima, que no podía originar derechos algunos de soberanía.

Por lo demás, la denominación *Guiana* o *Caribana* que tiene el Mapa de Blaew, en el cual, como sucedió con todos los otros mapas contemporáneos, no significó ningún trazamiento de fronteras, pues lo que identificaban era toda la región entre el río Orinoco, el Mar Atlántico y el río Amazonas, sin ningún sentido territorial político.

Las anteriores son solo algunas falacias de la *Memoria* de Guyana presentada ante la Corte Internacional de Justicia, que asombrosamente repiten las mismas que ya, en 1896, el Gobierno británico construyó y formuló en el *Libro Azul* presentado ante el Parlamento Británico, al cual Venezuela respondió el mismo año en su Contestación al Libro Azul, cuyo texto, como se dijo, es el que se reproduce en este libro.

Antes, sin embargo, como antes se anunció, se publica el escrito de William L. Scruggs, Asesor Jurídico del Gobierno de Venezuela, y Abogado Especial ante la Comisión de Límites, de 1895, en el cual se refirió a las *Falacias del “Libro Azul” Británico en la Cuestión Venezolana*.

En ambos documentos, por tanto, el lector encontrará las respuestas a las falacias de la *Memoria* de Guyana, que en realidad ya se formularon por Venezuela hace ciento treinta años, resultando en realidad cierto, históricamente, en relación con la reclamación de Venezuela sobre el Territorio Esequibo, lo que la misma Guyana resume en su *Memoria*, par. 3.49), así;

Primero, que España, efectivamente “descubrió el área desde 1498 y que, con un firme y establecido asentamiento de la parte de un todo, perfeccionó su título sobre la totalidad de la unidad geográfica conocida como Guiana.”

Efectivamente, la toma de posesión en nombre de los Monarcas españoles por parte de todos los descubridores que navegaron las costas entre el istmo de Panamá y el río Amazonas, consolidó la soberanía de España sobre todo ese territorio, donde se asentaron las Provincias de Nueva Andalucía y de Guayana.

Segundo, que, mediante el Tratado de Münster de 1648, “España cedió a Holanda solamente los lugares en Guiana que los Holandeses físicamente poseían, y que el resto del territorio quedó abierto a la futura posesión por parte de España.”

Efectivamente, mediante el Tratado de Münster de 1648, España solo reconoció como posesiones holandesas los establecimientos de Demerara, Berbice y Esequibo ubicados básicamente en las desembocaduras de los ríos del mismo nombre, y nada más.

Tercero, que efectivamente, “todos los territorios al norte y al oeste de los asentamientos holandeses eran territorios españoles en los cuales los holandeses tenían prohibición de invadir por el Tratado.”

Y *cuarto*, que efectivamente, Holanda no pudo transferir esas tierras a Gran Bretaña por la Convención de Londres de 1814 o por el Tratado de Paris de 1815, por no tener soberanía legítima alguna sobre ellas, razón por la cual Gran Bretaña nunca pudo haber tenido título legítimo alguno sobre ningún territorio mas allá de lo que físicamente tenían los holandeses al momento del Tratado de Münster de 1648” (*Memoria*, Guayana, par. 3.49).

Allan R. Brewer-Carías

Director de la Revista de Derecho Público
Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Professor, Cambridge University, UK (1985-1986)
Past Fellow, Trinity College, Cambridge UK
Professeur Associé, Université de Paris II (1989-1990)
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2008)

FALACIAS DEL “LIBRO AZUL” BRITÁNICO EN LA CUESTIÓN VENEZOLANA

William L. Scruggs

Asesor Jurídico del Gobierno de Venezuela, y
 Abogado Especial ante la Comisión de Límites (1896).*

El *Libro Azul británico* [**British Blue Book**] de marzo de 1896, titulado “Documentos y Correspondencia relativa a la Cuestión Limítrofe entre la Guyana Británica y Venezuela” [**Documents and Correspondence relating to the Cuestión of Boundary between British Guyana and Venezuela**], es tal vez tan fundamentado como la presentación del Lado inglés del caso tal como los hechos y circunstancias lo admitirían. Ciertamente, parece haber decepcionado mucho a los ingleses; pero sus faltas y fracasos son imputables menos a la defensa de una mala causa que a la debilidad inherente de la causa misma.

En la medida en que sus errores fueron previstos o adoptados en la nota de Lord Salisbury de noviembre pasado, y posteriormente por una sinopsis publicada, ya han recibido la debida atención⁴. No hay, por lo tanto, ninguna necesidad de repasar de nuevo esa parte del terreno otra vez. Hay, sin embargo, algunas declaraciones adicionales en el *Libro* que pueden considerarse dignas de mención. Pueden ser brevemente resumidas de la siguiente manera:

1. Que “antes de 1596, los españoles no habían establecido asentamientos” en Guayana; y, por inferencia, que ninguna parte del territorio estaba entonces en su posesión;
2. Que en 1648, en la época del Tratado de Münster, “los asentamientos holandeses” se extendieron hacia el oeste hasta el Orinoco y al sur más allá del Cuyuni; y, consecuentemente, que toda Guayana, con la posible excepción del valle del Caroní, era una posesión holandesa;

* El título original de este trabajo es: Fallacies of the British “Blue Book” on the Venezuelan Question publicado por McGill & Wallace, Law Printers, Washington DC 1895. La versión en castellano que reproducimos es una traducción libre “pero sujeta en rigurosidad con el lenguaje del siglo pasado para su lectura” que ha realizado la Asociación Civil Mi Mapa de Venezuela Incluye Nuestro Esequibo, para ponerla a disposición de todos los interesados.

⁴ En un panfleto del autor, titulado “Los Errores de Lord Salisbury”, presentado a la Comisión de Límites.

3. Que hasta 1723 los españoles no habían tenido un asentamiento en Guayana, y eso fue en Saint Thomé en el Alto Orinoco; y, consecuentemente, que el Bajo Orinoco, incluido su inmenso delta, estaba bajo dominio holandés;

4. Que hasta 1796, los asentamientos españoles fueron limitados a “algunas Misiones Capuchinas y dos pueblos arriba del casco antiguo de Saint Thomé;” e, indirectamente, que los holandeses mantuvieron todo el resto del territorio al este y al sur del Orinoco;

5. Que esta ocupación holandesa, la cual se alegase haber extendido al Delta del Orinoco y Punta Barima, “era conocido por el Gobierno español”, que, sin embargo, no interpuso ninguna objeción, o al menos “no pudo disponer” de los holandeses; y

6. Que “posteriormente a 1706, Gran Bretaña *estuvo continuamente en posesión*, y sus súbditos han ocupado más porciones del territorio *en los cuales los holandeses habían establecido su título*”.

Si bien estas suposiciones no están sustentadas en absoluto por evidencia histórica, o incluso por las mismas citas y “extractos” producidos en el *Libro Azul*, serán tratadas con la debida atención y con la máxima justicia.

Las siguientes proposiciones no se niegan en ninguna parte, incluso en el *Libro Azul*, a saber:

1. Que en 1498, Colón, navegando bajo Comisión Española, fue el primer descubridor del Golfo de Paria y el Delta del Orinoco;

2. Que en 1499 Alonso de Ojeda, súbdito español navegante bajo comisión española, fue el primer descubridor de las costas atlánticas de Guayana; que bordeó toda la costa desde el Orinoco hasta el Marowine y más allá, llegando a muchos lugares y tomando posesión formal en el nombre del Gobierno español;

3. Que en 1500, Vicente Yañez Pinzón, otro súbdito español, navegando igualmente bajo Real Comisión, fue el primero en explorar el Delta del Orinoco, tomando posesión formal de sus numerosos estuarios e islas, incluyendo *Boca de Navíos* y la isla de Barima, en el nombre de su soberano.

4. Que en 1531, Diego de Ordaz, otro súbdito español, fue el primero en explorar el río Orinoco, que remontó hasta la desembocadura del Meta, tomando formal posesión de ambas orillas y de sus numerosos afluentes en el nombre de su soberano;

5. Que fue este mismo Ordaz quien recibió del monarca español la primera carta europea de tierras y gobierno en los territorios así descubiertos y explorados; y,

6. Que estos primeros descubridores, exploradores y beneficiarios cumplieron con todas las formalidades requeridas de la ley internacional, tal como era ley era entonces reconocida y entendida, necesaria para investir el título en el Rey de España.⁵

Estos son hechos históricos tan universalmente aceptados que parece casi superfluo sobrecargar este documento con citas tediosas.

¿Cuándo, entonces y en qué circunstancias España renuncia a sus posesiones en Guayana?

⁵ Justin Winsor, Nar. & Crit. Hist. America: Span. Explorations & Settlements, in America from the 15th to the 17th Centuries,” Vol. II., p.1.33 et seq.: Irving, “Life of Columbus,” &c.: Also Hackluyt So. Publications: also Bancroft, Caulin and others.

Antes de proceder a la consideración de esta consulta, tal vez sea bueno decir de pasada (especialmente, ya que se omite extrañamente en el *Libro Azul*), que como ya en 1528, para dar seguimiento a las exploraciones de Ojeda, el Emperador español acordó con una casa comercial holandesa “para proteger una colonia a ser enviados por ellos” hacia la costa nororiental de Guayana; y que esto fue el origen de la expedición Alfinger de 1530, que, sin embargo, quedó en nada.⁶

Al año siguiente, 1531, una expedición tierra adentro, por vía del Orinoco, fue equipada desde España bajo Ordaz, quien penetró hasta los valles del Cuyuni y Yuruary. Esto se convirtió en la única base para el pretendido descubrimiento del legendario El Dorado, sesenta años después, de la que habla Sir Walter Raleigh.⁷

En 1534, los holandeses intentaron penetrar el interior de lo que hoy es Venezuela, la expedición fue encabezada por George of Spires, pero estaba bajo la autoridad imperial y patrocinio del Rey de España, que era también emperador titular de Holanda. Spires comenzó desde España con 400 hombres, desembarcaron cerca de donde se encuentra la actual ciudad de Coro, penetró unas 1.500 millas en el interior, y regresó con los pocos supervivientes en 1538.⁸

En 1549 Ursúa, un súbdito español, que había sustituido a Armendáriz, otro súbdito español, obtuvo el mando de una expedición y fundó un pueblo en Guayana, adentro en el interior; que, sin embargo, tuvo que abandonar en 1552, debido a la hostilidad de los indios. De acuerdo a los cronistas más confiables de la época, Ursúa ascendió el Río Negro, pasó por el canal del Casiquiari hasta el Orinoco, y de allí por el Orinoco hasta el Atlántico Océano.⁹ Así, ya en 1549 los españoles tenían completamente circunnavegado toda Guayana.

En 1568, el Gobierno español cartografió el territorio, y nombró a Pedro Malaver de Silva y Diego Fernández de Serpa como Gobernadores; el primero en la parte oeste del Orinoco, el segundo sobre la sección al este del Delta.¹⁰

Los compiladores del *Libro Azul* afirman que, en 1595, “Los asentamientos holandeses se formaron cerca de la desembocadura del Orinoco.” Pero fue precisamente en 1595 cuando Sir Walter Raleigh hizo su primer viaje a la isla de Trinidad, de allí a través de *Boca de Navíos* arriba del Orinoco hasta la desembocadura del Caroní. Informó que, luego de superar la primera fuerza española en Trinidad, ascendió el gran río como se dijo, donde encontró que “los españoles había previamente atravesado todo el territorio; “que ellos (los españoles) habían sido “cruels con los indios”; que él “se hizo amigo de los indios”, y les dijo que había venido a librarlos de sus conquistadores españoles y opresores¹¹

En 1596, Raleigh envió al Capitán Keymis, un compañero de su primer viaje, para renovar la búsqueda del legendario El Dorado, “con miras a establecer una colonia”. Keymis regresó a Inglaterra en junio del mismo año e informó que “los españoles ya ocuparon el

⁶ Karl Klüpfel, Bib. des Literarischen Verens; Stuttgart, No. XLVII: Klünzenor, Arith. der Deuschen an der Entelckung: Von Kloos Die Wesler: Augsburg, etc., etc.

⁷ Works, pub. by Hackluyt Society: Justin Winsor, “Spanish Explorations”, vol. II., 579.

⁸ Winsor, vol. II. Ver, también, todas las historias y geografías estándar de Colombia y Venezuela, por Restrepo, Caulin y otros.

⁹ Winsor, vol. II; Bancroft, Cent. América, II., 61; también los historiadores españoles de las colonias.

¹⁰ Winsor, II., págs. 585-6; Copias certificadas MS. De los Archivos Españoles, en Sevilla, ahora ante la Comisión.

¹¹ Raleigh's Works, Hackluyt ed.; Winsor, vols. II. y III.: también Span. Colonial Archiv.

territorio, y habían establecido asentamientos en la desembocadura del Caroní” y en “otros lugares” con hombres enviados desde España.¹²

En junio de 1617, Raleigh equipó otra expedición de 11 barcos y 431 hombres, su hijo, Walter, y el Capitán Keymis siendo del número. La expedición fue resistida por los españoles en St. Thomé, en cuyo compromiso el joven Walter fue asesinado. Keymis continuó la búsqueda del legendario El Dorado, pero fue encontrado y derrotado por los españoles antes de haber procedido muy lejos al sureste, en lo que ahora es la región minera del Yuruary. Regresó a St. Thomé en busca de refuerzos, pero se desanimó y se suicidó. Al año siguiente (1618) Raleigh fue decapitado a instancias del rey español, que se había ofendido de estas incursiones entrometidas.¹³

Y, sin embargo, se afirma gravemente en el *Libro Azul*¹⁴ que en 1596 “los españoles no poseían entonces ninguna parte de Guayana”; y una cuidadosa selección “extracto” (no diré distorsionada) de una carta de Don Roque de Montes, el Tesorero Colonial Español en Cumaná, es producido para probar esto.¹⁵ Pero incluso este cuidadosamente seleccionado extracto prueba justamente lo contrario. El escritor dice que él había “instruido al Capitán Felipe de Santiago” del Servicio Español para “ascender el río Orinoco y arrestar dos ingleses a quienes Raleigh había dejado allí” como espías y delatores, y “aconsejar a los caciques indios de no admitir o recibir extranjeros, excepto españoles; estas instrucciones se cumplieron fielmente; que el único inglés sobreviviente había sido arrestado, y que los indios fueron advertidos contra la intrusión de “cualquier otro extranjero”. Cierra recomendando mejores facilidades para navegar el Orinoco, ya que fue la gran vía fluvial al oeste y sur de Guayana y las demás provincias españolas. Si los españoles no estaban en posesión real del bajo Orinoco, y de hecho de toda la Guayana Occidental, ¿Cómo fueron ellos capaces de arrestar al único extranjero encontrado allí, y advertir a los indios contra espías e informantes similares en el futuro?

En 1619, dos expediciones militares coloniales españolas fueron enviados desde St. Thomé a los ríos Esequibo y Berbice para castigar a los Aruacas. El último de los dos se encomendó al Capitán Geronemo de Grados, y estaba compuesto por treinta soldados; sin embargo, marchó bien por toda la comarca, pasando por Baruma hasta la orilla del Esequibo y volvió, sin encontrar ni una sola vez cualquier asentamiento holandés o europeo o tropas; y no se hace ninguna mención que se haya oído hablar.¹⁶

Se afirma¹⁷ que “a principios del siglo XVII, varias Compañías holandesas (posteriormente fusionadas con la gran Compañía de las Indias Occidentales) se emplearon en la colonización de Guayana, y habían establecido allí varios asentamientos antes de 1614”. Pero todas estas empresas comerciales eran meras corporaciones comerciales privadas. Ninguna de ellas fue alguna vez, en cualquier sentido, un Estado. Ninguna de ellas alguna vez poseyó el dominio eminente. Además, hasta 1648, todos estaban bajo la lealtad española, al igual que la misma Holanda. Por lo tanto, cualquier concesión que hayan hecho no concertaba soberanía ni jurisdicción.

¹² *Ib., id.*

¹³ Winsor, “Nar. and Crit. Mist.”, vols. II. y III., y las autoridades allí citadas.

¹⁴ Página 4.

¹⁵ *Libro Azul*, App., p. 50

¹⁶ Noticias Historiales de las Conquistas de Tierra Firme en las Indias Occidentales”, de Fr. Pedro Simón, etc., etc., 1626: Ver Bogotá ed. de 1882, Chap. XXX., p. 401, *et. sec.*

¹⁷ *Libro Azul*, p. 4.

Tampoco ni puede nadie temporalmente en incapacidad de España o sus colonias para defender adecuadamente el Delta del Orinoco y la costa oeste del Esequibo contra piratas y contrabandistas (holandeses, ingleses u otro), ser considerado un “abandono” de dominio y jurisdicción.

En 1671 la Isla de Trinidad y el Delta del Orinoco amenazada por los holandeses y los caribes, la Casa de Gobierno fue recomendada hacer una inspección de los fuertes más importantes, y para fortificar la isla misma contra un posible ataque. También se recomendó que se estableciera un fuerte adicional en la parte más estrecha del Orinoco, como se decía que los holandeses eran “dicho de estar” ya “cerca de la entrada de dicho río”. ¡Pero porque esto debe ser citado arduamente en el *Libro Azul* para mostrar que los españoles habían “abandonado” el Delta del Orinoco es difícil de conjeturar!

Los caribes y otras tribus indias nativas a menudo habían sido incitadas a la insurrección por los holandeses e ingleses durante la guerra de los setenta años que terminó en la Paz General de Westfalia. Los holandeses, y luego los ingleses, hacían regalos anuales a estas tribus salvajes, buscando alianza con ellos contra España, y finalmente afirmó haber establecido una especie de “Protectorado” sobre ellos. Pero, en realidad, este llamado “Protectorado” nunca llegó a nada, como veremos más adelante. Ciertamente no transmitía dominio eminente ni jurisdicción. Los holandeses nunca afirmaron que lo hicieron.¹⁸

En el momento de la Paz General de Westfalia, (1648,) los holandeses tenían cuatro “establecimientos” o “asentamientos”, como se los denominaba alternativamente, en la costa atlántica entre los ríos Corentyn y Esequibo. Por el tratado de esa fecha, generalmente conocido como el Tratado de Münster, estos cuatro “establecimientos” fueron cedidos por España a Holanda. El primero se extendía desde el Corentyn al Surinam; el segundo del Surinam al Berbice; el tercero desde el Berbice al Demerara; y el cuarto del Demerara al Esequibo. La cesión no abarcó a otros¹⁹. De hecho, no había entonces otros en existencia. Había habido frecuentes incursiones de pillaje en el valle del Orinoco, como había habido en otras partes de lo que ahora es la República de Venezuela; pero ciertamente no había ningún “establecimiento” holandés permanente al oeste del río Esequibo, o, en lo más lejano, al oeste del cabo Nassau y el Pomerón.²⁰

La cita del Tratado de Utrecht, de 1713, fue probablemente una negligencia por parte de los compiladores del *Libro Azul*. Ese tratado, bien lejos del fortalecimiento del caso inglés, es casi fatal para ella. En ese tratado Inglaterra se comprometía (Artículo VIII), a “ayudar a los españoles a recuperar sus antiguas posesiones”, en Guayana como en otras porciones de las Indias Occidentales y las Américas, “tal como estaban en la época de Carlos II,” es decir, tal como estuvieron desde 1661 hasta 1700; es decir, como ellos se encontraban apenas 23 años antes del obligado “abandono” temporal por las fuerzas españolas de la costa entre el Esequibo y Orinoco, sobre los que tanto énfasis parece haber sido determinado por los compiladores del *Libro Azul*.

La correspondencia entre los Gobiernos de España y Portugal, de 1753-4, es citada para fortalecer el caso inglés. La correspondencia, sin embargo, no muestra nada más allá de un esfuerzo de parte de España para arreglar con Portugal (que poseía el territorio adyacente)

¹⁸ Post, págs. 14, 15, 16, 17.

¹⁹ Tratado de Münster, 24 de octubre de 1648, art. V.

²⁰ Reynal, Hist. indies; Dalton, Hist. Brit. Guiana; Depon's Voy., III.; Noire, Geog. Works; Myer's Geog II.; Bolingbroke, Voyages, etc.; Brett, Tribus indias de Guayana; Caulin, Hist. Nueva Andalucía. Ver, también, copias certificadas de MSS. Cor. Archivos Coloniales, Sevilla, durante el siglo XVI y siglo XVII, ahora ante la Comisión.

para librar a las Guayanas española y portuguesa de la injerencia holandesa con las tribus indias, a quienes incitaban constantemente a la insurrección y saqueo. España se había impacientado tanto con estas intercaladas intervenciones, y a las frecuentes incursiones en territorio español por aventureros holandeses y filibusteros, que bien decidido casi había intentado encontrar algún medio de librar todo la Costa Atlántica de ellos.²¹

La negativa de España a permitir a los holandeses pescar en la desembocadura del Orinoco, en 1758, se ha citado a menudo en apoyo al reclamo venezolano, pero nunca antes en apoyo de la contención británica. Por qué debería haber sido citados por los compiladores del *Libro Azul* no está claro. Ciertamente está en contra de ellos.

Lo mismo es cierto de la correspondencia oficial entre el Embajador holandés y el Gobierno español en 1778. Se establece claramente el hecho del dominio español en el bajo Orinoco. Había habido algunas muy destructivas incursiones, alegando haber sido de carácter vengativo, aunque no autorizadas por el Gobierno español, sobre los “establecimientos” holandeses, pero no en ninguna parte cerca de la desembocadura del Orinoco, porque los holandeses no habían estado allí, sino en el Esequibo superior. Fue uno de estos, que parece haber sido particularmente destructivo, que constituyó parte de la queja del Embajador holandés. Él fue convencido, en respuesta, que se darían órdenes para evitar tales sucesos en el futuro, y “dejar a los holandeses tranquilos” en sus asentamientos reconocidos²².

En 1788, el Agente Confidencial del Gobierno Español en Guayana recomendó que no más madera debe cortarse en el bajo Orinoco; y este hecho es citado²³ para demostrar que los holandeses estaban entonces ¡“en posesión” de esa región! Pero bien puede preguntarse, ¿Por qué tal recomendación si los españoles no estuvieran entonces en posesión real? Ciertamente, la recomendación se hizo por razones prudenciales. Los bosques eran casi la única “salvaguarda” y barrera contra los holandeses” y sus caribes aliados, que de otro modo “verían nuestra desnudez y nos atacarían”. Ante las incursiones de esta gente, los españoles pensaron que era prudente dejar los bosques en pie. Pero ciertamente no hay evidencia de un propósito de “abandonar” el bajo Orinoco. Por el contrario, incluso el mismo extracto exiguo y parcial producido, muestra que los españoles se preparaban para defender el territorio contra posible ataque; y cuando la carta se lee como un todo, demuestra exactamente lo contrario del argumento británica²⁴.

Así también del informe de Antonio López de la Puente, en 1788, respetando las defensas de los valles del Cuyuni y Yuruan²⁵. Recomendó que los Caribes sean prevenidos de ir al asentamiento holandés en el Esequibo, no sea que los indios digan a los holandeses de la condición del territorio, y ellos podrían atacar los asentamientos españoles en esos ríos. Aquí no hay ciertamente ninguna evidencia de “abandono”.

Una vez más, se afirma²⁶ que “la ausencia total de cualquier control de los españoles sobre el territorio en cuestión se muestra además por un Reporte de Don Miguel Marmion, “Gobernador español” de Guayana, en 1788. Pero aun el extracto de siete líneas (en traducción) aducida²⁷ falla totalmente para apoyar esta afirmación.

²¹ Archivo General de las Indias. Sevilla, 131-2-17, Copias Certificadas, etc., ante la Comisión.

²² Archivo de las Indias: Sevilla: MSS.: Copias Certificadas antes la Comisión

²³ *Libro Azul*, p. 17,18.

²⁴ Copia certificada del MSS original, ante la Comisión.

²⁵ Citado en el *Libro Azul*, p. 18

²⁶ *Libro Azul*, p. 17

²⁷ *Ib.*, id.

Mientras que el certificado copia y traducción correcta del Reporte original como un todo²⁸, con fecha del 16 de agosto de 1788, cuenta una historia bastante diferente.

Si en 1790, como se indica en el *Libro Azul*, los holandeses y los caribes estaban nuevamente haciendo incursiones contra los asentamientos españoles en el interior, era natural que, las autoridades coloniales españolas deberían negarse a establecer un “nuevo asentamiento”, cerca de Tumeremo, a menos que el gobierno local estaría de acuerdo en establecer y mantener un puesto militar adicional “para evitar robos de los indios y holandeses.”²⁹

II

Inglaterra adquirió el título de lo que ahora se conoce como *British Guyana* en 1814. Sus ocupaciones militares anteriores del territorio (en 1781, 1796, y nuevamente en 1803) no conlleva título, como se ha demostrado muchas veces³⁰. Cualquier título que puede haber reclamado o adquirido por esas militares ocupaciones, fue barrido por los tratados de paz que siguieron³¹. Por el Tratado suplementario de 1814³², Holanda cedió a Inglaterra “en plena soberanía”, y por una contraprestación monetaria, los tres “Asentamientos de Berbice, Demerara y Esequibo”, como los límites de aquellos “asentamientos” habían sido reconocidos por el Tratado de Münster de 1648, tal como habían sido interpretados por el Tratado de Aranjuez de 1791, y tal como estaban al tiempo de la cesión de 1814. No ha habido más cesiones a Inglaterra desde entonces, ya sea por Holanda, España, o Venezuela; y se ha demostrado muchas veces que las tribus aborígenes nativas no tenían autoridad para hacer cualquiera de tales cesiones.³³

Se sigue, entonces, que la supuesta “marcación de fronteras” por las autoridades militares británicas en 1796³⁴ fue puramente un acuerdo *ex parte*, y equivalía a nada. Hablando claramente, fue simplemente una injustificable agresión al territorio español por parte de una potencia militar naval que España no estaba en ese momento en una posición para resistir con éxito. No hay lo más mínima evidencia de que España, si es consciente de esta agresión, alguna vez asintió por un momento.

Tampoco aparece por ningún lado, ni siquiera en los documentos citados en el *Libro Azul*, que los holandeses eran, en cualquier momento desde 1648 hasta 1796 en la “posesión ininterrumpida de un pie de territorio al oeste del río Pomaron.” De hecho, existen dudas muy serias sobre si alguna vez, en cualquier momento, hayan mantenido de forma permanente o “ininterrumpida” posesiones entre el Pomaron y el Esequibo. La evidencia sobre este punto crítico es algo contradictoria; pero el peso del testimonio es que ese Esequibo era considerada como la verdadera línea divisoria entre los holandeses y posesión española, y que cualquier intrusión holandesa al oeste y al sur de ese río estaban constantemente (y generalmente con éxito) resistido por las autoridades españolas. Incluso los documentos y extractos citados o producidos en el *Blue Book* no muestran lo contrario.

²⁸ No. XVIII., Archivo General de Indias: Sevilla: C, 131, S. 2, B. 17; ahora ante la Comisión.

²⁹ Archivo Confidencial, Caracas, 1790-6; copias certificadas ante la Comisión.

³⁰ “Lord Salisbury’s Mistakes”, p. 2, 3, 4.

³¹ Tratado de Amiens, 25 de marzo de 1802; Paz de mayo de 1814; Tratado de agosto 13, 1814

³² Art. I

³³ “British Aggressions, etc., or The Monroe Doctrine on Trial,” p. 11-15; Whart. Dig., vol. I, sec. 7

³⁴ Blue Book, p. 19

Ellos muestran simplemente que mientras los holandeses y los caribes habían hecho frecuentes incursiones en los asentamientos y misiones españolas al oeste del Esequibo, y que incluso el Delta del Orinoco a veces estaba infestado de bandas de contrabandistas de extranjeros y piratas (en su mayoría holandeses) que incitaron a los indios a la insurrección y saqueo, el dominio y jurisdicción siempre se quedó con España.

El Informe oficial de Don Felipe de Requena, de julio 29, 1802, se cita en el *Libro Azul*³⁵ para probar que los holandeses tenían posesiones en los ríos Cuyuni y Caroní. El documento, cuando se lee en su totalidad en el texto original, no muestra nada por el estilo. Incluso los parciales y cuidadosamente “extractos” seleccionados en la imperfecta traducción al inglés, tal como se produce;³⁶ no logran establecer el argumento británico en este punto. Allí se afirma simplemente que los holandeses y los franceses, muchas décadas antes, habían fundado asentamientos en los ríos Surinam y Cayana; que los holandeses habían subsecuentemente avanzado río arriba por el Esequibo; y la opinión infundada se expresa que “podrían”, en el curso del tiempo, avanzar aún más, por la vía de los ríos Cuyuni y Caroní, hasta el mismo Orinoco, y “tomar posesión de la parte baja de este gran río” afirmando así claramente, por implicación necesaria, que en ese mismo momento (1802) los holandeses no tenían posesiones, “asentamientos” o incluso estaciones militares temporales o lo que sea, tanto en los valles de Cuyuni o Caroní, o en o cerca de la desembocadura del Orinoco.

Además, el Informe del Mayor McCreagh del ejército británico, hecho en el momento de la ocupación militar inglesa en 1802, aunque citado en el *Libro Azul*³⁷ para un propósito diferente, muestra de manera concluyente que los estuarios del Orinoco, así como del río mismo y sus afluentes, estaban entonces bajo la jurisdicción efectiva de España. El mayor McCreagh informó que encontró un puesto militar español cerca de la *Boca de Navíos*, que también encontró pilotos españoles allí; que un poco más arriba él encontró otro puesto español, un asentamiento español de “ocho casas, y como seis familias indias”, el sargento al mando siendo un “blanco” español; que un poco más arriba encontró todavía otra fuerza militar, en que eran “unos cuarenta y seis indios, supuestamente soldados, con tres (blancos) españoles, además del teniente comandante”, que todavía un poco más arriba él encontró otra fuerza española, compuesta (como de costumbre) por indios, blancos y creoles, pero todos eran súbditos españoles, y en el servicio colonial militar español. “Era”, dice, “la regla de detener todos los barcos aquí” (en un lugar llamado Barrancas) “excepto españoles, e incluso aquellos exceptuados como los especialmente privilegiados. Adhiriéndose, sin embargo, continúa, “a la línea de conducta que me habían ordenado a seguir, estuve, después de alguna espera, permitido continuar”.

Se sostiene³⁸ que las tribus indias nativas en lo que es ahora el territorio en disputa, “habían estado durante mucho tiempo bajo la protección de los holandeses”, y que este “Proteccionado” fue continuado “por los Representantes de Gran Bretaña.” Los “informes contemporáneos de los gobernadores de la Guyana Británica a principios del siglo XIX” se citan para probar esto. Sin embargo, sólo prueban que los Caribes y otras tribus hostiles habían, en diferentes momentos, estado en “alianzas” con los holandeses, quienes había estado en el hábito de hacerles “regalos anuales”. No hay absolutamente nada que demuestre que algún “protectorado” holandés de los indios alguna vez existió realmente.

³⁵ Páginas 21 y 139

³⁶ App. II., p. 139

³⁷ App. II., p. 154.

³⁸ Blue Book, p. 22.

Pero incluso si hubieran existido (cosa que no aparece en ninguna parte), ¿Cómo fueron transferidos a Inglaterra por la cesión de 1814? Nada se dice en él tampoco de “Protectores” o de una oficina de “Protector de los indios”. La cesión se limitaba específicamente a los tres “Asentamientos de Berbice, Demerara y Esequibo”. Surinam estaba más allá de los límites de los tres “Asentamientos” nombrados; por lo tanto, Surinam siguió siendo una posesión holandesa. Los protectorados de indios (si los hubiera) estaban más allá de los límites de los tres “Acuerdos” especificados; por lo tanto, los protectorados indios (si hubo alguno) permanecieron con los holandeses.

La destrucción de una Misión española en el interior de Guayana, por las Fuerzas Revolucionarias de Venezuela en 1816, y el Decreto Ejecutivo del General Bolívar, de 1817, son ambos arduamente citados³⁹ en apoyo de la contención inglesa. Lo primero nombrado no prueba nada; lo segundo prueba demasiado. Los patriotas venezolanos estaban entonces en el medio de su larga lucha por la independencia. Ellos estaban en guerra con la madre patria, y la guerra significaba la destrucción de las fortalezas del enemigo y puntos estratégicos donde y cuando sea eso posible. El Decreto Ejecutivo del General Bolívar nombró al General Sucre para ser “Gobernador del antiguo Fuerte de Guayana”, y asimismo para ser “Gobernador Militar de la antigua desembocadura del Orinoco”, mostrando así de manera concluyente que toda la región del Orinoco, desde el Delta hacia arriba, estaba bajo la jurisdicción efectiva del gobierno revolucionario venezolano como sucesor de España.

Se afirma en el Libro Azul (p. 24) que Venezuela “¡declaró su independencia individual” en 1830! Venezuela” declaró su independencia individual” el 5 de julio de 1811.

Había mantenido “su independencia individual” hasta 1819, cuando se convirtió en miembro constituyente de la antigua Confederación Colombiana. En 1830 ella se retiró de ese pacto de unión y reanudó su nacionalidad separada. Parecería que incluso un conocimiento superficial de la historia colonial española, o el mínimo conocimiento de los términos del pacto de 1819, debería haber sido suficiente para evitar tal absurdo disparate histórico como este.

Recurriendo al tema de los documentos de “protectorados” indios, se citan en el *Libro Azul*⁴⁰ para sustentar la suposición (hecha en la página 24) de que Inglaterra, como sucesora en título de Holanda, ejerció jurisdicción “por una considerable distancia arriba de los ríos Esequibo, Mazaruni y Cuyuni” hasta 1831. La suposición no es sostenida incluso por los cuidadosamente seleccionados “extractos” producidos. Brevemente, el caso es este:

Un indio había cometido un asesinato más allá de los límites inmediatos del “asentamiento” del Esequibo. Él fue arrestado y llevado a juicio ante las autoridades de la colonia británica. Se admitió que el lugar había sido más allá de los límites de la colonia, y en una región habitada por indios. La persona asesinada era igualmente un indio residente. Pero se sostuvo que antiguo “Protectorado de Indios” holandeses se había extendido sobre esa particular región, y que este “Protectorado” había sucedido a los ingleses. En consecuencia, el acusado fue juzgado y condenado; pero fue casi inmediatamente liberado en apelación. ¿Por qué? Porque la evidencia en el juicio había revelado que el llamado “Protectorado” era un mito. Un ex funcionario de la colonia holandesa (Van Ryck, por su nombre), testificó que había “vivido cuarenta años” en la colonia, y había ocupado el cargo de “Protector de los indios”, que en esa capacidad él siempre había actuado “solamente como mediador”, nunca como magistrado; que él tenía “ninguna autoridad para obligar a asistir;” que él, de hecho, “no tenía nada que hacer a menos que ellos (los indios) eligieran llamarlo “como” mediador;

³⁹ Libro Azul, p. 23

⁴⁰ App. II, pp. 168-177.

“que no tenía” autoridad sobre ellos;” que él “nunca tuvo ninguna autoridad para interferir con ellos, y ciertamente ninguna jurisdicción sobre ellos; y que simplemente estaba “autorizado para darles regalos”, y cultivarlos “*como amigos y aliados*”.”⁴¹

Se afirma arduamente⁴² que en algún momento alrededor de 1831, los protestantes Misioneros, de Inglaterra, visitaron y predicaron el evangelio a los nativos en la parte baja de los ríos Mazaruni y Cuyuni. Incluso se insinúa que estos predicadores cristianos erigieron estaciones de predicación y capillas allí. Lo mismo es cierto hoy en día para los predicadores protestantes americanos e ingleses, en varias partes de Venezuela, Colombia, y México, pero nunca antes se ha insinuado que este hecho transfiere dominio y jurisdicción a los ¡Gobiernos americanos o ingleses!

III

En mayo de 1836, y nuevamente en septiembre del mismo año, Sir Robert Ker Porter, el Agente diplomático británico en Caracas, dirigió nota formal al ministro de Relaciones Exteriores, solicitando al Gobierno de Venezuela establecer y mantener boyas y señales en los mismos lugares en el estuario principal del Orinoco, incluida Punta Barima, ahora reclamado y retenido por la fuerza como territorio británico. Y se admite⁴³ que este hecho era conocido en el *Foreign Office* británica, ciertamente tan temprano como 1842, si no antes. Pero ahora, sesenta años después que se hizo esta solicitud formal, y al menos cincuenta y cuatro años después que fue admitida que se ha dado a conocer en la *Foreign Office*, el Gobierno de Su Majestad niega arduamente y desautoriza este acto oficial de sus debidamente acreditados representantes. Además, se afirma seriamente⁴⁴ que “el Gobierno de Venezuela nunca respondió alguna respuesta” a la petición oficial de sir Robert. Volviéndose, sin embargo, hasta la página 245 del propio *Libro Azul*, encontramos allí reproducido, en una traducción un tanto defectuosa, una respuesta oficial formal del Gobierno de Venezuela, fechada 15 de junio de 1835, prometiendo el cumplimiento de la orden del pedido de Sir Robert. Puede agregarse que, después de cierto retraso, esta promesa fue cumplida, y que las boyas y señales estaban allí en 1885, cuando los ingleses tomaron por la fuerza posesión de esos lugares en abierta violación de promesas repetidas.

Hasta 1839 no se pudo encontrar un solo mapa en el que se trazó una línea divisoria al oeste del cabo Nassau. Algunos de los mapas de esa fecha y anteriores dieron Cabo Nassau como punto de partida, y el río Moroco como la línea. Un número mucho mayor dio al Cabo Nassau como el punto de partida y el río Pomaron como la línea. Otros, aún más auténticos, incluidos Myers y otros eminentes geógrafos ingleses, dieron al estuario occidental del Esequibo como punto de partida, y el río Esequibo en sí misma como la verdadera línea divisoria. Así que, hasta 1839, el único territorio en disputa era, a lo sumo, la estrecha franja entre los ríos Moroco y Esequibo. El título de Venezuela al vasto dominio al sur de esto nunca había sido alguna vez puesto en duda.

En 1840 el Sr. (después Sir Robert) Schomburgk fue enviado por el Gobierno de Su Majestad para “inspeccionar y marcar” los límites fronterizos de la Guyana Británica. Fue puramente un arreglo *ex-parte*. A Venezuela no le fue solicitado que participara en él, ni se solicitó su consentimiento. Fue entonces, por primera vez, que “se elaboró un mapa” de

⁴¹ Incluso si los hechos hubieran sido de otra manera, sería un trabajo de supererogación probar que los “protectorados indios” en este continente por cualquier potencia europea distinta del descubridor original o su sucesor legal, son nulidades absolutas. Wharton's Digest, Vol. I., sec. 7.

⁴² Libro Azul, p. 24.

⁴³ Libro Azul, p. 26.

⁴⁴ Libro Azul, p. 26.

acuerdo con la exploración de Schomburgk que extendió el reclamo británico al Bajo Orinoco y a los ríos del Bajo Mazaruni y Cuyuni. Esta línea caprichosa (todavía conocida como “la línea de Schomburgk”), no representaba un futuro absoluto, sino sólo un posible reclamo de Gran Bretaña. Fue establecido profesamente “sólo como medida preliminar” a la negociación de tratados de límites con “países adyacentes”. En caso esos los países deberían hacer “cualquier objeción”, entonces el “Gobierno de Su Majestad” daría “tales respuestas como pudiera parecer apropiado y justo.”⁴⁵

Venezuela hizo “objeciones”. Ella no solo objetó, sino que reclamó y protestó. Ella no solo reclamó y protestó, pero se negó, absolutamente, a entrar en cualquier negociación de un tratado de límites por tanto tiempo como se debe permitir que se mantenga esa línea caprichosa.⁴⁶ Finalmente, la “línea de Schomburgk” fue explícitamente rechazada, y sus marcas e hitos ordenados borrados o derribado.⁴⁷ El Gobierno de Su Majestad indicó entonces Cabo Nassau como punto de partida de una línea divisoria.

En estas circunstancias, bien puede parecer increíble que, cuarenta y tres años después, la cuestión de la frontera todavía sin resolver, y el Acuerdo de 1850⁴⁸ todavía en vigor, que la descartada “línea de Schomburgk” debería ser revivida y reclamada por el Gobierno de Su Majestad como un límite absoluto dentro del cual ninguna proposición busca al arbitraje pacífico sería admitido! Es más increíble aún que para sostener esta insostenible posición, se debe producir una cuidadosa “extracto” seleccionado y muy engañoso de una carta de 15 de julio de 1839, dirigida al Marqués de Normanby por el gobernador Light de Demerara.⁴⁹

En otra parte del *Libro Azul*⁵⁰ se afirma que la primera pretensión formal de Venezuela de que el territorio de la República se extiende al Esequibo” se hizo en 1844. El primer reclamo formal a ese límite se formuló tan pronto como 1822, como ya se ha demostrado⁵¹, y esa afirmación ha sido persistente y consistentemente mantenido siempre y cada vez que la pregunta surgió para la discusión.

Esa porción del *Libro Azul* que cubre el período desde 1850 hasta la fecha, parece haber sido anticipado por Lord Salisbury en su nota de noviembre pasado; y desde todos los puntos allí ya han recibido la debida atención, no vale la pena repasarlos de nuevo.

Hay, sin embargo, una característica de la afirmación británica, no muy prominente hasta ahora, pero siempre al acecho en el fondo, que es de la mayor importancia. Si las recientes declaraciones “inspiradas” de la Corte de Londres en las revistas deben ser acreditadas, ahora se reconoce que habrá que abandonar la caprichosa “línea de Schomburgk”. Esa línea ya no se reclama como un límite absoluto, dentro del cual no puede admitirse propuesta de arbitraje. Pero se sostiene que todos los “distritos establecidos” dentro de esa línea, o incluso los que están más allá de ella, deben estar exentos del arbitraje.

⁴⁵ Lord Levesen al Sr. James Stephen, marzo de 1840; ver “Official Hist. Discus., etc., on Guayana Boundaries,” 1896, ya ante la Comisión.

⁴⁶ Dr. Fortique a Lord Aberdeen, 18 de noviembre de 1841; también, igual a igual, 8 de diciembre de 1841; también, igual a lo mismo, 10 de enero de 1842.

⁴⁷ Lord Aberdeen al Dr. Fortique, 31 de enero de 1842.

⁴⁸ Véase Lord Salisbury's Mistakes,” p. 7, 8.

⁴⁹ Blue Book, App., p. 81. ¡Compárese este “extracto” con la copia certificada del original, ahora ante la Comisión!

⁵⁰ Página 27

⁵¹ “Lord Salisbury's Mistakes”, p. 1; MS. Instruc. al ministro colombiano en Londres, 1822;” Official History of the Boundary Dispute”, etc.

El gobierno de Su Majestad ya no reclama el “título irrevocable” del suelo. Es declarado sólo que los “súbditos británicos” están asentados allí, y que el Gobierno de Su Majestad debe protegerlos en sus intereses!

Se ha demostrado muchas veces que todos los asentamientos británicos al oeste del Essequibo, ya sea grande o pequeño, fueron colocados allí por encima de las protestas y reclamos del Gobierno de Venezuela.⁵² Y ha sido bastante como se muestra a menudo, que cada asentamiento, grande o pequeño, al oeste del Moroco y al sur del Cuyuni estaban plantados allí en abierta violación del Acuerdo de 1850⁵³. También se ha señalado que casi dos años después de que las fuerzas británicas tomaran posesión de Punta Barima y de la boca del Amacura, el Gobierno Colonial de Demerara advirtió a los colonos británicos allí que no podían esperar protección ni compensación por pérdidas, en caso de que la cuestión de los límites deba ser finalmente decidida a favor de Venezuela.⁵⁴

En vista de estos hechos, esta última fase de la disputa de los británicos bien puede excitar la sospecha. Si *mere de facto* los “asentamientos” británicos, aunque sean de origen ilegal, son para constituir una base del reclamo británico de dominio y jurisdicción en una parte de Venezuela, pueden hacerlo en otras partes de la República. Si es en cualquier parte de Venezuela, entonces ¿Por qué no en cualquier otra parte de cualquier otro estado de Centro o Sur América? Y si se admite el principio con respecto a todos los Estados de América Central y del Sur, ¿Por qué excluir cualquiera de los territorios o mancomunidades de los Estados Unidos de América del Norte?

⁵² “Agresión británica en Venezuela, etc.” IV., pp. 15-24: “Historia Oficial, etc., Boundary Discus.,” I., II., III., IV., V., VI., VII: También correspondencia entre el General Blanco y Earl Granville, y sus sucesores, pp. 81-168.

⁵³ *Ib., id.*, también, “Lord Salisbury's Mistakes”, p. 7, 8.

⁵⁴ *Ib., id.*, p. 7.

BREVES COMENTARIOS ACERCA DE LOS ACUERDOS BINACIONALES EN MATERIA COMERCIAL, DE TRANSPORTE Y DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS ENTRE VENEZUELA Y COLOMBIA HASTA MAYO DE 2023

Juan Domingo Alfonso Paradisi
*Abogado y profesor de Derecho Administrativo I en la
Universidad Central de Venezuela*

Juan Andrés Miralles Quintero
Abogado

Resumen: *En los primeros meses de 2023, las autoridades de la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela han tenido varios acercamientos con el objetivo de reanudar las relaciones comerciales entre ambos países. En particular, se han logrado suscribir nuevos acuerdos internacionales, así como retomar algunos que ya habían sido negociados años anteriores. En este breve artículo, se comentarán y analizarán dichos acuerdos y sus implicaciones, así como se mencionarán aquellos que aún están pendientes de negociación y suscripción entre ambos países.*

Palabras clave: *Acuerdos internacionales, cooperación internacional, Colombia, inversiones, Venezuela.*

Abstract: *In the first months of 2023, the authorities of the Republic of Colombia and the Bolivarian Republic of Venezuela have had several approaches with the aim of renewing trade relations between the two countries. New international agreements have been signed, as well as some that had already been negotiated in previous years have been taking up again. These agreements and their indications will be discussed and analyzed in this brief article, as well as those that are still pending negotiation and subscription between both countries.*

Key words: *International treaties, international cooperation, Colombia, investments, Venezuela.*

INTRODUCCIÓN

Con la elección de Gustavo Petro como presidente de la República de Colombia (en lo sucesivo “Colombia”) en 2022, y durante los primeros meses de 2023, las autoridades tanto de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo “Venezuela”) como de Colombia han tenido ciertos acercamientos con el objetivo de retomar las relaciones comerciales entre ambos países. Los distintos acercamientos que han ocurrido entre representantes de ambas naciones han dado lugar al inicio de un proceso, más que de integración, de cooperación internacional entre los dos países, mediante el diseño y desarrollo de algunos acuerdos que pueden contribuir a la promoción y protección de las inversiones en cada territorio.

A los fines de esta breve colaboración académica, se comentarán y analizará el contenido de los principales acuerdos que hasta la fecha de elaboración de este artículo hemos identificado que pueden ser de interés para inversionistas de ambos países, así como se hará referencia a algunos acuerdos que aún faltan por negociar y suscribir que, a su vez, suponen interesantes y necesarios convenios que las autoridades tanto de Venezuela como de Colombia deben considerar en sus agendas internacionales.

I. SOBRE EL ACUERDO DE ALCANCE PARCIAL DE NATURALEZA COMERCIAL NÚMERO 28 Y LA DECISIÓN 001 DE LA COMISIÓN ADMINISTRADORA DE DICHO ACUERDO

El Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial número 28 (en lo sucesivo el “Acuerdo número 28”)¹ fue suscrito el 28 de noviembre de 2011 por el presidente Juan Manuel Santos de Colombia y el presidente Hugo Chávez de Venezuela, luego de la salida de este último país de la Comunidad Andina de Naciones (en lo sucesivo “CAN”)² y en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (en lo sucesivo “ALADI”) creada a través del Tratado de Montevideo³. El referido acuerdo fue suscrito en reconocimiento del intercambio comercial histórico que había existido entre ambos países y tiene por objeto establecer un tratamiento preferencial aplicable a las importaciones de productos originarios de cada Parte, con el fin de promover el desarrollo económico y productivo tanto de Colombia como de Venezuela en distintos sectores de producción, así como facilitar el intercambio bilateral.

En el ámbito de preferencias comerciales, la doctrina económica ha distinguido cuatro tipos de acuerdos definidos en atención al grado de compromiso de las partes, a saber: (i) los acuerdos para desgravar una determinada lista de productos otorgándoseles un tratamiento arancelario preferencial; (ii) los acuerdos que apuntan a la desgravación comercial amplia y crean zonas de libre comercio; (iii) los acuerdos que incorporan a la zona libre de comercio un arancel común y (iv) aquellos acuerdos que agregan un programa de armonización de políticas macroeconómicas a la zona de libre comercio y al arancel común⁴.

El Acuerdo número 28 se enmarca dentro de la categoría más simple de los cuatro tipos de arreglos comerciales antes mencionados que, a criterio del referido autor, “comprende los acuerdos para desgravar una lista de productos, a los que se otorga tratamiento arancelario preferencial con respecto a productos similares originarios de terceros países”⁵. Este tipo de acuerdos puede tener alcance bilateral o multilateral y no supone mayores requisitos respecto a la coordinación de políticas económicas.

Sobre la preferencia arancelaria, ROSENTHAL ha señalado que esta:

¹ Véase la Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial (G.O.) de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.082 de fecha 20 de agosto de 2012.

² El 22 de abril de 2006, la República Bolivariana de Venezuela denunció el “Acuerdo de Integración Subregional Andino” por los supuestos perjuicios que le causarían los Tratados de Libre Comercio suscritos por Colombia y Perú con los Estados Unidos de América. Sobre este tema, véase en general, Juan Carlos Sainz Borgo, “La salida de Venezuela de la Comunidad Andina”, *Revista Politeia*, número 38, volumen 30, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 127-150.

³ Véase la Ley Aprobatoria publicada en la G.O. número 3.033 Extraordinario de fecha 18 de octubre de 1982.

⁴ Véase Gert Rosenthal, “La integración regional en los años noventa”. *Revista de la CEPAL*, número 50, agosto, Naciones Unidas, 1993, p. 14.

⁵ *Ídem*.

...se materializa mediante un cronograma de desgravación que, a partir de aranceles máximos, conduzca gradualmente hacia una plena liberación comercial (arancel cero) entre las partes. Estos acuerdos también deben prever reglas de origen precisas para facilitar las operaciones aduaneras y evitar la importación indirecta de productos, así como mecanismos de salvaguardia transparentes, no discriminatorios ni transitorios, y procedimientos ágiles y claros para zanjar controversias comerciales. Los convenios suelen complementarse con compromisos que apuntan a la gradual eliminación de las trabas no arancelarias al comercio...⁶

El Acuerdo número 28 tuvo aplicación durante varios años hasta que, en 2018, entró en un período de “congelación” debido a la ruptura de las relaciones diplomáticas entre ambos países. A inicios del 2023, concretamente, el 16 de febrero de 2023, la Vicepresidenta de Venezuela, Delcy Rodríguez y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Germán Umaña Mendoza, suscribieron la Decisión 001 de la Comisión Administradora del Acuerdo número 28 (en lo adelante “Decisión 001” o “Protocolo 001”)⁷ la cual tiene por finalidad incluir y excluir algunos códigos arancelarios, así como modificar los niveles de preferencia arancelaria en aras del tratamiento arancelario preferencial establecido en el referido Acuerdo número 28.

En concreto, la adopción de la Decisión 001 comprende, a su vez, tres (3) decisiones centrales, a saber: (i) modificar la preferencia de los productos de interés, reflejando las necesidades de ambos países a 2023; (ii) actualizar y ajustar las nomenclaturas arancelarias de conformidad con las normas tributarias de cada país en los seis (6) meses siguientes después de firmado el Acuerdo, e; (iii) incluir Requisitos Específicos de Origen (REO) a los productos agrícolas. Las modificaciones realizadas al Acuerdo número 28, a través de la Decisión 001, versan principalmente sobre los sectores primario y secundario, específicamente, en materias que abarcan desde el sector agrícola hasta la industria química.

Lo anterior, supone un cambio importante en la política comercial venezolana, ya que luego del retiro del país de la CAN, pareciera estar intentando mejorarse la relación con Colombia mediante la modificación de este convenio comercial. Se trata de una etapa inicial que abarca, como se mencionó antes, un acuerdo que prevé el otorgamiento de preferencia arancelaria a ciertos productos similares provenientes de terceros países, todo ello con la finalidad de lograr una eventual desgravación comercial y la creación de una zona de libre comercio.

II. SOBRE EL ACUERDO RELATIVO A LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

El 3 de febrero de 2023, Venezuela suscribió junto a Colombia el “Acuerdo relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” (en lo sucesivo el “TBI Venezuela-Colombia”) cuyo propósito es “el establecimiento de un marco jurídico para promover y facilitar las inversiones directas y transfronterizas entre inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte”⁸. Los tratados bilaterales de inversión (en lo sucesivo “TBI”) tienen

⁶ Rosenthal, “La integración regional...”, *ob. cit.*, p. 15.

⁷ Véase en Venezuela, la Resolución DM número 103 de fecha 31 de marzo de 2023 dictada por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores mediante la cual se ordena publicar el texto de la Decisión 001 - de la Comisión Administradora del Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial N° 28 (AAP.C. N° 28) celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, Primer Protocolo Adicional, publicada en la G.O. número 42.609 de fecha 14 de abril de 2023. En Colombia, véase el Decreto 0609 de fecha 26 de abril de 2023 dictado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por el cual se modifica el Decreto 1860 de 2012, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos arancelarios adquiridos entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela en virtud del Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial N° 28 – AAP.C N° 28.

⁸ Artículo 1 del TBI Colombia-Venezuela.

por finalidad fomentar un ambiente favorable y atractivo para las inversiones, toda vez que todo inversionista extranjero deberá tomar en consideración “la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región”⁹. Los TBI reconocen ciertos estándares mínimos de protección a las inversiones que inversionistas de uno de los Estados contratantes realiza en el territorio del otro Estado contratante. Como indica PAULSSON, estos tratados:

Aunque distan de ser idénticos, contienen, casi invariablemente, cuatro compromisos. Primero, cada Estado promete que no nacionalizará las inversiones hechas por los nacionales del otro Estado, o que no tomará medidas equivalentes a la nacionalización, sin la compensación correspondiente. Segundo, cada Estado promete que no discriminará a los nacionales del otro Estado. Tercero, cada Estado promete que su conducta frente a los inversionistas del otro Estado se ajustará al concepto de trato justo y equitativo y, en términos más generales, al derecho internacional. Finalmente, estos tres compromisos amplios son reforzados por una cuarta promesa, que consiste en que cada Estado acepta que cualquier reclamación por la violación de las tres promesas sustantivas pueda ser llevada a un arbitraje internacional por el inversor demandante¹⁰.

En sentido similar, BLACKABY sostiene que el ámbito de protección que ofrecen estos tratados “codifica un nivel de protección que va más allá del mínimo reconocido en el derecho internacional consuetudinario” y, por lo general, incluyen protecciones “como las contenidas en los principios de tratamiento nacional, la nación más favorecida, el tratamiento justo y equitativo y la exigencia de compensación pronta, justa y adecuada para la expropiación”¹¹. Ciertamente, el contenido de los TBI suele ser muy parecido con algunos cambios notables en cuanto a la redacción y, en ciertos casos, en lo que se refiere a los beneficios que reconocen a los inversionistas de cada Parte Contratante.

Ahora bien, en cuanto al contenido específico del TBI Venezuela-Colombia se puede destacar primero la definición del término “inversión”, el cual se refiere de manera general a todos los “activos, relacionados con actividades cuyos fines atienden a la producción de bienes y servicios, adquiridos por un Inversionista de la Parte Emisora de la inversión con fondos que no tengan su origen en la Parte Receptora de la inversión”¹².

A modo meramente enunciativo, más no limitativo, se incluyen dentro del término “inversión” a: (i) una sociedad constituida conforme al ordenamiento jurídico de la Parte Receptora; (ii) los derechos sobre bienes muebles e inmuebles, incluyendo derechos reales; (iii) los rendimientos invertidos; (iv) las acciones, títulos, bonos y obligaciones emitidas por sociedades mercantiles y cualesquiera otras formas similares de participación en sociedades de cualquier tipo; (v) operaciones de crédito, derechos sobre sumas de dinero o sobre otro derecho de pago que tenga relación con el valor económico de una inversión; (vi) los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, derechos de autor, patentes, marcas comerciales, *know how*, *good will*, entre otros); y los derechos de naturaleza económica (por ejemplo, las concesiones, licencias o autorizaciones concedidas por ley o por contrato).

⁹ Véase Nigel Blackaby, “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”. *Revista Internacional de Arbitraje*, número 1, junio-diciembre, LEGIS, Bogotá, 2004, p. 18.

¹⁰ Véase Jan Paulsson, “El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros”. *Revista de Economía y Derecho*, volumen 6, número 21, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2009, p. 11.

¹¹ Véase Blackaby, “El arbitraje según los tratados...”, *ob. cit.*, p. 18.

¹² Véase el artículo 2 del TBI Venezuela-Colombia.

Igualmente, el TBI establece que el término “inversionista” se refiere a: (i) las personas naturales que tengan la nacionalidad de una Parte, que haya realizado una Inversión en el territorio de la otra Parte y que no posea la nacionalidad de la Parte Receptora; y (ii) las personas jurídicas o sociedades con fines de lucro constituidas conforme al ordenamiento jurídico de la Parte Emisora y cuyas oficinas estén registradas junto con importantes actividades comerciales en el territorio de dicha Parte y no controladas por un nacional de la Parte Receptora¹³.

Dentro de los estándares de protección que consagra el referido TBI, se encuentran los relativos a la no discriminación, trato nacional, la exigencia de una compensación justa en casos de expropiación y/o nacionalización, entre otros. En efecto, el TBI Venezuela-Colombia consagra el estándar de no discriminación, según el cual, las medidas que sean tomadas por cada Parte para la preservación de sus intereses esenciales de seguridad deben estar sujetas a la exigencia de que no se apliquen de manera arbitraria o constituyan una restricción sobre las inversiones de los inversionistas de la otra Parte¹⁴.

También establece el estándar de trato nacional hacia los inversionistas extranjeros conforme al cual, el trato hacia los inversionistas extranjeros no será más favorable que respecto a los inversionistas nacionales. Sin embargo, las Partes deben dar una consideración favorable a las solicitudes de entrada y de estancia de los nacionales de la otra Parte si el ingreso al territorio de la otra Parte es con ocasión a la realización de una inversión¹⁵.

Llama la atención que dentro de los estándares de protección establecidos en este TBI no se encuentra consagrado el del *trato justo y equitativo* a las inversiones, lo cual supone un importante mecanismo de protección para los inversionistas extranjeros. En términos generales, este estándar exige de las partes contratantes de cualquier TBI “brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”¹⁶.

Por otro lado, el TBI Venezuela-Colombia consagra además el estándar de protección frente a medidas expropiatorias y de nacionalización que otros tratados de esta naturaleza también suelen reconocer. Según este estándar, las inversiones realizadas por los inversionistas de la Parte Emisora pueden ser expropiadas o nacionalizadas por la Parte Receptora, siempre y cuando la medida cumpla con las siguientes condiciones: (i) que sea por razones de necesidad, interés público, utilidad pública o interés general; (ii) que no sea de manera discriminatoria; (iii) que esté sujeta a una justa indemnización; y (iv) que se haga conforme al debido proceso¹⁷.

En materia de solución de controversias entre una Parte y el inversionista de la otra Parte, el TBI establece que estas deberán ser resueltas mediante consultas o negociaciones directas de buena fe. No obstante, en caso de que la controversia no pueda resolverse amistosamente dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación que debe hacer el inversionista a la Parte Receptora, esta podrá resolverse, según la elección del inversionista, ante: (i) el tribunal competente del estado Receptor; o (ii) un tribu-

¹³ *Ídem*.

¹⁴ Véase el artículo 5 del TBI Venezuela-Colombia.

¹⁵ Véase el artículo 6 del TBI Venezuela-Colombia.

¹⁶ Véase *Técnicas Medioambientales (TecMed) c. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/ 00/ 2) Laudo, 29 Mayo 2003 (párr. 154).

¹⁷ Véase el artículo 7 del TBI Venezuela-Colombia.

nal arbitral ad-hoc conforme al reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo “CNUDMI”)¹⁸.

A diferencia de otros TBI de Venezuela, no se establece el Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (en lo adelante “CIADI”) como opción para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado Receptor. Lo anterior se debe a la denuncia irrevocable del Convenio CIADI que el gobierno de Venezuela formalizó ante el Banco Mundial, el 24 de enero del 2012¹⁹. A pesar de lo anterior, el TBI establece la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral *ad-hoc* conforme al reglamento de la CNUDMI como alternativa para la solución de controversias, lo cual es una importante inclusión y demuestra cierto compromiso por parte de Venezuela en cuanto a la institución del arbitraje.

El TBI Venezuela-Colombia también contiene una cláusula de denegación de beneficios, según la cual, se pueden denegar los beneficios que el mismo contiene, en caso de que el inversionista no cumpla con los requisitos para ser considerado como tal, según el propio Acuerdo. Adicionalmente, los beneficios del TBI podrán ser denegados cuando: (i) una empresa sea controlada por personas naturales o jurídicas de un tercero no Parte del Acuerdo y que dicha empresa no tenga actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte Receptora; (ii) una empresa sea controlada por personas naturales o jurídicas de la Parte que deniega y esa empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte; y (iii) que se haya comprobado en sede judicial o administrativa, conforme al ordenamiento jurídico de la Parte, que el inversionista ha incurrido en actos de corrupción respecto a la inversión²⁰.

El referido TBI entrará en vigor a los sesenta (60) días posteriores a la fecha en que se reciba la última notificación hecha por las Partes de la realización de los respectivos procedimientos jurídicos internos necesarios a tal efecto. El mismo tendrá una vigencia de diez (10) años y continuará en vigor a menos de que este se denuncie por alguna de las Partes contratantes, en cuyo caso continuará vigente por cinco (5) posteriores a la fecha de la denuncia. El 16 de febrero de 2023 la Asamblea Nacional de Venezuela (en lo sucesivo “AN”) aprobó la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que suscribieron Venezuela y Colombia, pero a la fecha de elaboración de este artículo, aún se está en espera de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela²¹.

Este nuevo tratado entre Venezuela y Colombia supone un logro importante en el mejoramiento de las relaciones comerciales entre ambos países y, en especial, en cuanto al tratamiento y la recepción de inversiones en cada país. Además, con este nuevo TBI suscrito con Colombia, se amplía la red de tratados bilaterales de inversión de Venezuela la cual, ya de por sí, era muy limitada²². Sin embargo, parece poco probable que la firma de un TBI conlleve directamente a un aumento de la inversión extranjera entre ambos países. Como indica PAULSSON:

¹⁸ Véase el artículo 12 del TBI Venezuela-Colombia.

¹⁹ Sobre este particular, véase en general, Gonzalo Rodríguez Carpio, *La denuncia del Convenio CIADI. Efectos y soluciones jurídicas*. Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2014.

²⁰ Véase el artículo 13 del TBI Venezuela-Colombia.

²¹ A la fecha de elaboración de este informe, aún se está en espera de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

²² Véase Eugenio Hernández Bretón, “La inversión extranjera a finales de 2012”, *Anuario de Derecho Público* N° 6, Caracas, 2012, pp. 291-292.

Un Estado solvente con un gobierno bueno y estable atrae inversiones sin necesidad de TBI. Por otra parte, un Estado con un historial de crisis financieras, rechazo de deudas y cambios de políticas arbitrarios no se volverá automáticamente atractivo por el solo hecho de firmar un TBI. Que un Estado pueda demostrar una fiabilidad duradera es un tema de una mayor complejidad. Se necesita una tradición de previsibilidad, eficiencia, transparencia y justicia en la manera de gobernar²³.

Ciertamente, un mecanismo para solucionar controversias adecuadamente es esencial para el manejo exitoso de las relaciones con inversionistas extranjeros, pero un TBI no basta por sí solo para generar mayor flujo de capital extranjero. El TBI debe venir acompañado de buena gobernabilidad por parte de ambos países contratantes del mismo, toda vez que el solo hecho de suscribir un TBI no es garantía alguna para los inversionistas, quienes buscan más bien un clima de gobernabilidad buena, estable y transparente.

III. SOBRE EL ACUERDO SOBRE EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA Y PASAJEROS DE CARRETERA

El 1 de agosto de 2014 se suscribió entre Colombia y Venezuela el Acuerdo sobre el Transporte Internacional de Carga y Pasajeros de Carretera cuya finalidad es simplificar el ingreso por vía terrestre de mercancías y pasajeros entre ambos países. La posibilidad de transporte de mercancías y pasajeros a través de carreteras resulta ser una de las principales ventajas que se derivarían para inversionistas del proceso de cooperación económica que se está gestando entre Venezuela y Colombia.

El ingreso se logrará mediante la implementación de la figura del “Transportista Autorizado”, esto es, una sociedad de transporte que cuenta con la autorización con una vigencia de cinco (5) años para prestar servicios internacionales de transporte de carga y/o personas en cada uno de sus vehículos y unidades de carga. El referido Acuerdo señala que (i) la operación de transporte de carga y pasajeros por vía terrestre solo se realizará por los pasos de frontera habilitados; (ii) se permitirá la homologación de documentos, insignias de identificación (placas o patentes identificadoras) y que (iii) mediante acuerdos entre el Ministerio de Transporte en Colombia y el Ministerio de Poder Popular para el Transporte en Venezuela se estipularán rutas, frecuencias e itinerarios a través de los cuales se podrán llevar a cabo las operaciones entre ambos países.

Así mismo, incluye un acápite relacionado con el incumplimiento de las obligaciones de los autorizados mediante el Acuerdo, así como de la normativa del país en donde se haya detectado la infracción, señalando que el infractor será sancionado, de conformidad con la legislación interna de cada país sin importar la nacionalidad de este. Adicionalmente, el acuerdo precisa que a los fines de contar con un texto actualizado y solucionar las dudas o discrepancias que puedan surgir sobre su contenido, se establecerá una Comisión de Trabajo Permanente la cual se reunirá alternativamente en Venezuela y en Colombia para discutir aspectos técnicos, así como sugerir enmiendas o modificaciones.

En fecha 19 de diciembre de 2015, la AN de Venezuela aprobó el referido acuerdo mediante una Ley Aprobatoria²⁴, a diferencia de lo que ha pasado con Colombia. En efecto, hasta la presente fecha, el referido Acuerdo no había sido tomado en cuenta para su trámite legislativo en Colombia, a pesar de haber sido negociado hace más de ocho (8) años. Lo anterior se debe a la complicada relación diplomática que produjo conflictos comerciales

²³ Véase Paulsson, “El poder de los Estados...”, *ob. cit.*, p. 14.

²⁴ Véase la Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.819 de fecha 19 de diciembre de 2015, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.826 de fecha 12 de enero de 2016.

entre ambos países a lo largo de los últimos años. No obstante, lo cierto es que, en febrero de 2023, la Cámara de Representantes de Colombia aprobó en tercer debate el mencionado Acuerdo a través del proyecto de Ley 322 de 2022. El proyecto de ley pasará ahora a la plenaria de la Cámara de Representantes para su aprobación final en el Congreso de Colombia.

IV. SOBRE LOS ACUERDOS EN MATERIA AERONÁUTICA

Recientemente, las autoridades de Venezuela y Colombia firmaron cinco (5) acuerdos – los cuales para la fecha de elaboración de este artículo aún no han sido publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que regulan el tránsito aéreo entre ambos países y unifican los procedimientos de búsqueda y rescate en situaciones de emergencia. Los cinco (5) convenios regulan los aspectos relacionados con el tránsito aéreo en las rutas Barranquilla-Maiquetía, Bogotá-Maiquetía, Maiquetía-Cúcuta y San Antonio del Táchira-Cúcuta. Dichos acuerdos fueron suscritos por las autoridades aeronáuticas de ambos países, restableciéndose formalmente el tráfico aéreo entre las dos naciones, luego de años de haberse cerrado el mismo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN, SOBRE OTROS ACUERDOS PENDIENTES ENTRE AMBOS PAÍSES

La reanudación de las relaciones comerciales y diplomáticas entre Venezuela y Colombia proveen nuevas oportunidades de negocios para los inversionistas de ambos países. El cambio paradigmático que parece tener la política de las autoridades venezolanas respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras también debería tomarse como un signo positivo para el capital extranjero. En efecto, el desarrollo de un nuevo marco regulatorio para las inversiones realizadas desde Colombia en el territorio venezolano crea un ambiente de mayor interés para que los inversionistas realicen inversiones en el país.

Esta oportunidad cobra especial relevancia para los inversionistas nacionales de Colombia debido a la cercanía geográfica que tiene con Venezuela, la importante historia que existe entre ambos países y las necesidades y demandas del mercado en algunas industrias. No obstante, como mencionamos más arriba, esto no funcionará si no viene acompañado de una buena gobernabilidad de parte de Venezuela.

Estos primeros acuerdos suponen los pasos iniciales para lograr una integración económica entre los dos países. Dicho de otro modo, no sólo es conveniente la suscripción de los acuerdos que aquí se han señalado, sino también otros convenios sobre temas adicionales y de interés para los inversionistas privados de esos países tales como algún convenio para evitar la doble tributación y la evasión fiscal, u otros en materia de aduanas, requisitos sanitarios y fitosanitarios, etiquetado de los productos, intercambio de energía y los mecanismos de pagos, por mencionar algunos.

Particular mención y atención merece un acuerdo para evitar la doble tributación y la evasión fiscal entre Venezuela y Colombia con el cual se fortalecerían las relaciones comerciales entre ambos países. La doble imposición jurídica internacional se define como “el resultado de la aplicación de impuestos similares en dos o más Estados a un mismo contribuyente, respecto a una misma materia imponible y por el mismo período de tiempo”²⁵. La doble tributación tanto interna como internacional supone un importante obstáculo para el desarrollo de actividades económicas toda vez que encarece toda inversión necesaria para llevar a cabo dichas actividades.

²⁵ Véase Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Modelo de Convenio Fiscal sobre Rentas y sobre el Patrimonio. Versión Abreviada, 2012.

A la fecha, Venezuela tiene convenios vigentes de este tipo con diversos países tales como Alemania²⁶, Arabia Saudita²⁷, Austria²⁸, Barbados²⁹, Belarús³⁰, Bélgica³¹, Brasil³², Canadá³³, China³⁴, Corea del Sur³⁵, Cuba³⁶, Dinamarca³⁷, Emiratos Árabes Unidos³⁸, España³⁹, Estados Unidos⁴⁰, Francia⁴¹, Indonesia⁴², Irán⁴³, Italia⁴⁴, Kuwait⁴⁵, Malasia⁴⁶, Noruega⁴⁷, Países Bajos⁴⁸, Portugal⁴⁹, Qatar⁵⁰, Reino Unido⁵¹, República Checa⁵², Rusia⁵³, Suecia⁵⁴, Suiza⁵⁵, Trinidad y Tobago⁵⁶, Turquía⁵⁷ y Vietnam⁵⁸. Igualmente, cuando formaba parte de la CAN, regían entre Venezuela y Colombia algunas normas para evitar la doble tributación; sin embargo, con el retiro de la CAN por parte del primero de dichos países esas normas dejaron de tener aplicación y hasta la presente fecha no se ha negociado un convenio que suple a las mismas. De manera que, la negociación y suscripción de un acuerdo para evitar la doble tributación se perfeccionaría y mejorarían las previsiones domésticas de Venezuela y Colombia a los fines de eliminar o, en todo caso, aliviar la doble tributación internacional.

-
- ²⁶ Véase la G.O. número 36.266 de fecha 11 de agosto de 1997.
²⁷ Véase la G.O. número 40.819 de fecha 30 de diciembre de 2015.
²⁸ Véase la G.O. número 38.598 de fecha 5 de enero de 2007.
²⁹ Véase la G.O. número 5.507 Extraordinaria de fecha 13 de diciembre de 2000.
³⁰ Véase la G.O. número 39.095 de fecha 9 de enero de 2009.
³¹ Véase la G.O. número 5.269 Extraordinaria de fecha 22 de octubre de 1998.
³² Véase la G.O. número 38.344 de fecha 27 de diciembre de 2005.
³³ Véase la G.O. número 37.927 de fecha 29 de abril de 2004.
³⁴ Véase la G.O. número 38.089 de fecha 17 de diciembre de 2004.
³⁵ Véase la G.O. número 38.598 de fecha 5 de enero de 2007.
³⁶ Véase la G.O. número 38.086 de fecha 14 de diciembre de 2004.
³⁷ Véase la G.O. número 37.219 de fecha 14 de junio de 2001.
³⁸ Véase la G.O. número 39.685 de fecha 31 de mayo de 2011.
³⁹ Véase la G.O. número 37.193 de fecha 5 de abril de 2004.
⁴⁰ Véase la G.O. número 5.427 Extraordinario de fecha 5 de enero de 2000.
⁴¹ Véase la G.O. número 4.635 Extraordinaria de fecha 28 de septiembre de 1993.
⁴² Véase la G.O. número 37.659 de fecha 27 de marzo de 2003.
⁴³ Véase la G.O. número 38.344 de fecha 27 de diciembre de 2005.
⁴⁴ Véase la G.O. número 4.580 Extraordinaria de fecha 21 de mayo de 1993.
⁴⁵ Véase la G.O. número 38.347 de fecha 30 de diciembre de 2005.
⁴⁶ Véase la G.O. número 38.842 de fecha 3 de enero de 2008.
⁴⁷ Véase la G.O. número 5.265 Extraordinaria de fecha 1 de octubre de 1998.
⁴⁸ Véase la G.O. número 5.180 Extraordinario de fecha 4 de noviembre de 1997.
⁴⁹ Véase la G.O. número 5.180 Extraordinario de fecha 4 de noviembre de 1997.
⁵⁰ Véase la G.O. número 38.796 de fecha 25 de octubre de 2007.
⁵¹ Véase la G.O. número 5.218 Extraordinario de fecha 6 de marzo de 1998.
⁵² Véase la G.O. número 5.180 Extraordinario de fecha 4 de noviembre de 1997.
⁵³ Véase la G.O. número 5.822 Extraordinario de fecha 25 de septiembre de 2006.
⁵⁴ Véase la G.O. número 5.274 Extraordinaria de fecha 12 de noviembre de 1988.
⁵⁵ Véase la G.O. número 5.192 Extraordinario de fecha 18 de diciembre de 1997.
⁵⁶ Véase la G.O. número 5.180 Extraordinario de fecha 4 de noviembre de 1997.
⁵⁷ Véase la G.O. número 41.554 de fecha 28 de diciembre de 2018.
⁵⁸ Véase la G.O. número 39.183 de fecha 21 de mayo de 2009.

APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN VENEZUELA*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez**

Profesor Titular de Derecho Administrativo UCV

Resumen: *Se describe la regulación de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela.*

Palabras clave: *Concesión – Dominio Público- Agua – Aprovechamiento - Recursos Hídricos.*

Abstract: *The regulation of the concession for the exploitation of water resources in Venezuela is described.*

Key Words: *Concession - Public domain – Water – Exploitation- Water resources.*

INTRODUCCIÓN. La concesión de aprovechamiento de recursos hídricos como ejemplo de concesión de uso de bienes demaniales ante la carencia de un régimen integral general de este tipo de concesiones.

No existe en el ordenamiento jurídico venezolano un régimen general -ni mucho menos una teoría general- de las concesiones del dominio público¹. Su regulación se encuentra dispersa entre unas pocas disposiciones contenidas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (en lo sucesivo Ley Orgánica de Bienes Públicos)² así

* Una primera versión de este trabajo fue publicada en: De Guerrero Manso, C., Pimiento Echeverri, J. y G. García Álvarez-García (Edits.): Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XXIV. Las concesiones demaniales en Europa y América. Implicaciones ambientales, sociales y económicas, Zaragoza, 2022, pp. 271-302.

** Universidad Central de Venezuela: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo - 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 de la Especialización en Derecho Administrativo - Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

¹ En similar sentido: Hernández González, José Ignacio: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, EJV, Caracas, 2006, p. 637. Ello, a pesar de que en ordenamientos más avanzados se sostenga la unidad de la concesión como categoría jurídica –en cuanto a estructura y esquema– como decisión administrativa-actuación convencional (Cfr. Caputi Jambrenghi, V.: <<I beni pubblici>>, en L. Mazarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco y F.G. Scoca (Ed.), *Diritto Amministrativo*, II, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, pp. 915-977.).

² Decreto 1.407 del 13/11/14 con rango, valor y fuerza de ley de reforma parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos. G.O. Núm. 6.155 Extraordinario del 19/11/14.

como alguna referencia en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal³, complementada con la aplicación supletoria del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones⁴. Y, por último, en el sentido de lo general a lo particular, por lo dispuesto en leyes destinadas a normar ámbitos sectoriales (hidrocarburos, minas, bosques, aguas, telecomunicaciones, zonas costeras, entre otras).

Así pues, para describir cómo se regula en Venezuela a las concesiones demaniales hemos optado por referir muy brevemente, en una primera parte, a ese marco legal, procurando sistematizarlo y presentarlo en una resumida visión de conjunto. Y, en segundo término, intentar una primera aproximación al estudio de una de las concesiones reguladas en ley especial, a saber: la de aprovechamiento de recursos hídricos, como ejemplo de desarrollo de ese marco general para un ámbito sectorial.

Comencemos el abordaje entonces de la primera parte a continuación.

I. BREVE REFERENCIA A LA CONCESIÓN DE BIENES DEMANIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.

1. *La dispersa e incompleta regulación de la concesión de bienes demaniales en el ordenamiento jurídico venezolano y sus efectos en la ausencia de una teoría general de esa categoría jurídica en la doctrina*

El régimen de los bienes del dominio público en el Derecho venezolano se encuentra disperso en diversos textos legales. Comenzando cronológicamente por el Código Civil⁵, que, como es usual, es donde se encuentra su origen, en el capítulo III del Libro Segundo, de los bienes en relación con las personas a quienes pertenecen⁶. Allí se ubican los lineamientos codificadores del tema de los bienes de propiedad pública y privada⁷. Luego de ello, desde inicios del siglo pasado principió la regulación por leyes sectoriales, lo que implicaba que cada categoría de bienes públicos demaniales se encontraba sometida a regímenes especiales y distintos⁸.

A ello hay que agregarle la regulación contenida para otros bienes también demaniales en las Constituciones, lo cual se ha mantenido y profundizado en el texto vigente⁹. Y, más

³ G.O. Núm. 6.015 Extraordinario del 28/12/10.

⁴ G.O. Núm. 5.394 Extraordinario del 25/10/99. Véase al respecto: Brewer-Carías, Allan R.: <<Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela>>, en *Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos*, UNAM, México, 2013, pp. 62-67.

⁵ Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<La regulación de la reserva de Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias>>, *Revista de Derecho Público Núm. 130*, EJV, Caracas, 2012, pp. 450 y 460-462), así como la bibliografía allí citada. Véase también, resumidamente: Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, 12° ed., U.C.V. Caracas, 2001, pp. 576-588.

⁶ Aunque se señala que esa clasificación atiende más al régimen jurídico de la propiedad pública o privada, según cada caso (Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo. Parte general*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 730).

⁷ Más recientemente, puede verse: Domínguez Guillén, María Candelaria y Carlos Pérez Fernández (2022): *Curso de Bienes y Derechos Reales*, Caracas, Editorial R.V.L.J., Caracas, 2022, pp. 133-145, así como la bibliografía allí citada.

⁸ Una muestra puede verse en: Turuhpial Cariello, Héctor: *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 166-253.

⁹ Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela>>, en F. López-Ramón y O. Vignolo Cueva (Coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima, Red Internacional de

recientemente, en el ámbito local, con las referencias a las concesiones de uso de bienes del dominio público contenidas en el artículo 95.10 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, bienes referidos en los artículos 132 al 137 (con sus antecedentes en el artículo 76.8 de la preconstitucional Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como con una enumeración de tales bienes en su artículo 107)¹⁰.

Por último, no es sino desde el 2012 (ley posteriormente reformada) que se cuenta con un régimen con pretendida vocación de generalidad y sistematización en la materia¹¹, a saber: la Ley Orgánica de Bienes Públicos, texto que deroga casi en su totalidad, entre otras, a la ya vetusta Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional¹². Pero se trata de un instrumento que, en el tema objeto de estas páginas, expresamente prevé su supletoriedad frente a la legislación sectorial¹³.

Bienes Públicos-Círculo de Derecho Administrativo P.U.C.P., Lima, 2015, pp. 478-482. Véase también, entre otros: Rodríguez García, Armando: <<Comentarios sobre el régimen de los bienes públicos en la Constitución de 1999>>, *Revista de Derecho Público* Núm. 84, EJV, Caracas, 2000, pp. 63-68); Turuhpial Cariello, *op. cit.*, pp. 132-166.

¹⁰ Véase al respecto: Badell Madrid, Rafael: *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, s/e., Caracas, 2002, pp. 448-452.

¹¹ Pretendida en todo caso, pues la doctrina ha puesto de relieve sus notorias insuficiencias, sin mejorar con su reforma parcial. Véanse, por ejemplo: Nikken, Claudia: <<Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos>>, *Revista de Derecho Público* Núm. 130, EJV, Caracas, 2012, pp. 214-225 y Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida>>, *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, UCAB, 2016, pp. 62-71. <http://w2.ucab.edu.ve/boletin.derechoadmin.html>.

¹² Además de los trabajos citados en la nota previa, véanse los comentarios generales sobre este instrumento legal de: Hernández-Mendible, *La formación...*, pp. 482-486). Véanse también: Rodríguez García, Armando: <<Apuntes sobre el régimen patrimonial de los bienes públicos y la articulación territorial del Estado>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV., Caracas, 2014, pp. 17-36, Canónico Sarabia, Alejandro: <<Sinopsis sobre la regulación de los bienes públicos en Venezuela>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV, Caracas, pp. 37-62; Avellaneda, Eloísa: <<Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos>>, en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, UCV, Caracas, 2014, pp. 63-80; Rodríguez García, Armando: <<Articulación territorial del poder y régimen de los bienes públicos>>, en Canónico Sarabia, A. (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, EJV-C.A.J.O., 2014, pp. 73-100; Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público>>, en Canónico Sarabia, A. (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, EJV- C.A.J.O., Caracas, 2014, pp. 117-13.

¹³ El artículo 74 dispone que las concesiones de bienes públicos <<...se regirán por lo dispuesto en las leyes especiales que regulen la materia de concesiones>>. Las relaciones de prevalencia entre la Ley Orgánica de Bienes Públicos y las leyes sectoriales están reguladas de forma confusa y hasta contradictoria en la primera. Véanse, por ejemplo, los comentarios de Nikken, *op. cit.*, p. 222.

2. *El tradicional desarrollo legal y doctrinal de las concesiones mineras y de hidrocarburos frente a la escasez de estudios respecto a concesiones de otros bienes del dominio público.*

A esa dispersión normativa de las bases del régimen del dominio público corresponde, por consiguiente, una incipiente regulación de las concesiones de esa categoría de bienes¹⁴. Así pues, hay que acudir a la legislación sectorial para estudiar cada una de ellas, sin que exista un régimen general, carencia que, como se señaló, tampoco fue solventada con el desarrollo más reciente, que dista mucho de ser integral, contenido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos¹⁵. Legislación que, ante la escasez de estudios doctrinarios y de precedentes jurisprudenciales que la refieran, pareciera que ha sido de escasamente relevante aplicación¹⁶.

La excepción la constituyen los estudios sobre concesiones mineras y de yacimientos de hidrocarburos que se produjeron desde mediados del siglo pasado¹⁷. Producto, muy proba-

¹⁴ Incluso, se sostiene que la concesión de bienes del dominio público es una modalidad de la concesión de obra pública (*Ibidem*, p. 243), aunque es una opinión minoritaria en la doctrina y que, además, no parece corresponderse con la legislación venezolana, con los lineamientos conceptuales o con los caracteres y propósitos de cada una de esas categorías jurídicas. De hecho, cada tipo (de obra pública, de servicio público y de bienes demaniales) constituye una modalidad del género “concesión administrativa” (Marienhoff, Miguel: *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la “precariedad”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 432-435; Matilla Correa, Andry: *La concesión administrativa*, Ángel Potentini Editor-Librería Jurídica Internacional S.R.L., República Dominicana, 2018, pp. 148-149)). Véase una noción introductoria en el Derecho venezolano, en: Lares Martínez, *op. cit.*, pp. 326-329), así como la bibliografía citada en este trabajo. En el caso de la concesión de bienes del dominio público, el uso privativo (o especial según otra terminología) de que disfruta el concesionario –a diferencia de los usos comunes o generales que corresponden a la colectividad- ya la distingue del resto (*Cfr.* Araujo-Juárez, *op. cit.*, pp. 759-760). Lo que sí puede acaecer es que coexistan varios tipos de concesiones sobre un mismo bien o actividad, como prevé por ejemplo el artículo 60 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones. Son las llamadas concesiones mixtas (Véase, entre otros: Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 165-167), comunes en materia de aprovechamiento de aguas y cuyo ejemplo normativo en ese ámbito puede encontrarse en el artículo 31, parágrafo único, del derogado Reglamento Parcial de la Ley Forestal de Suelos y Aguas: Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas, Decreto 1.400 del 10/07/96, G.O. Núm. 36.013 del 02/08/96, que establecía que para el otorgamiento de concesiones mediante licitación (que podían comprender no solo el aprovechamiento de recursos hídricos sino la construcción y administración de obras e infraestructuras), se seguiría el procedimiento establecido en la Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (derogada por la ley antes referida en esta nota al pie). Más recientemente se ha señalado: <<El contrato de concesión puede ser de servicio público, de obra pública o de uso de bienes del dominio público, pudiendo concurrir estos objetos en un solo contrato, pero pudiendo constituir en principio objetos contractuales concesionales distintos y no necesariamente dependientes>> (Turuhpial Cariello, Héctor: *La actividad administrativa*. CIDEP. Caracas, 2021, p. 342). En todo caso, con la evolución del tratamiento del dominio público y de las diversas modalidades de gestión de este en las actuales tendencias del Derecho Administrativo, ciertamente que las categorías clásicas autorizatorias y concesorias parece que deben replantearse en algunos casos. Véase por ejemplo, las reflexiones sobre las concesiones demaniales surgidas con ocasión de la reunión de la Red Internacional de Bienes Públicos que tuvo lugar en Zaragoza, los días 2 y 3 de junio de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=WmlT9WzyA30>.

¹⁵ Este instrumento legal apenas contiene cuatro preceptos sobre el tema de las concesiones de bienes públicos (artículos 74 al 77), uno de ellos referido más al plano organizativo.

¹⁶ Un panorama de la doctrina puede verse en: Hernández-Mendible, *La formación...*, pp. 449-455).

¹⁷ Así por ejemplo, pueden verse: González Bertí, Luis: *Compendio de Derecho Minero*, 4º ed., ULA., Mérida-Venezuela, 1981, así como la bibliografía que refiere (la primera edición de la obra data de 1957); Duque Sánchez, José Román: *Manual de Derecho Minero venezolano*, 2da ed.,

blemente, de la creciente importancia que la actividad minera, y mucho más aún, la exploración y explotación de hidrocarburos, tuvieron en el desenvolvimiento de la economía venezolana a partir de la tercera década del siglo XX. Tendencia que rápidamente trastocó el funcionamiento de la sociedad hasta hacer que esta viviera del Estado y no al revés, con las consecuencias lamentables, primero en las dinámicas sociales y económicas, y más recientemente sobre todo políticas, en la actualidad evidentes.

De tal manera que parece aconsejable iniciar esta aproximación al estudio de un tipo específico concesión de un bien demanial, enumerando los principios que informan en general a esta categoría jurídica partiendo de una revisión general de la legislación. Ello pasa a hacerse seguidamente.

2. *Los principales elementos de las concesiones demaniales que pueden extraerse del Derecho positivo*¹⁸

A. *La naturaleza contractual de la concesión*

En el caso venezolano, la discusión acerca de la naturaleza de la concesión de bienes del dominio público no ha tenido la misma relevancia que en otros sistemas jurídicos de la región. Tanto en la legislación sectorial¹⁹ como –con escasas discrepancias– en la doctrina que la ha comentado, y más recientemente, en la legislación general²⁰, se ha entendido que esta es un contrato y no un acto administrativo²¹. Contrato administrativo para quienes sostienen la

UCAB, Caracas, 1966). Sobre la reciente reforma sectorial del régimen minero: Hernández-Mendible, *La regulación...*, pp. 296-301. En el caso de los hidrocarburos, pueden consultarse, entre otros, los trabajos recientes de: A.R. Brewer-Carías: *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, CERECO UMA-EJV, Caracas, 2018 y *Estudios sobre Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA y la industria petrolera nacionalizada 1974-2021*, EJV, Caracas, 2021.

¹⁸ Respecto a las características generales de la concesión, puede verse, entre otros: Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 89-146).

¹⁹ Parece ser mayoritaria la regulación que entiende que se trata de un contrato. Así, por ejemplo: El artículo 116 de la Ley de Bosques se refiere a “los contratos o concesiones” de aprovechamiento de recursos forestales denotando equivalencia. De <<actos contractuales>> califica el artículo 76 de la Ley de Aguas (G.O. 38.595 del 02/01/07) a las concesiones de aprovechamiento (sobre ello se volverá más adelante). En contra, sería el caso de la Ley de Minas (Decreto con rango y fuerza de Ley 295 del 05/09/99 G.O. 5.382 Extraordinario del 28/09/99), que ordenó la conversión de los contratos preexistentes en concesiones o autorizaciones de explotación (artículo 132), definidas como un acto del Ejecutivo Nacional mediante el cual se otorgan derechos e imponen a obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales (artículo 24). También define a la concesión de uso del espectro radioeléctrico como un acto administrativo unilateral el encabezamiento del artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pero, en la parte final del encabezamiento del mismo precepto, señala que las relaciones derivadas de una concesión se regularán <<...en el respectivo contrato de concesión>> (G.O. 39.610 del 07/02/11 <<reimpresión por error material>>).

²⁰ Artículo 2 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones, aplicable supletoriamente a las concesiones demaniales.

²¹ Véase, entre otros, aunque sin pronunciarse contundentemente: (Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 23-33). No obstante, en el Derecho venezolano, como acto administrativo define a la concesión de servicio público Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 120 y 237. El dato del derecho positivo en este asunto es determinante, como destaca Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte general: conclusión, Volumen II, 11^o ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 532. Una posición ecléctica la plantea por ejemplo Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<Los títulos habilitantes y las actividades económicas de interés general>>, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 16*,

existencia de esta figura en el Derecho Administrativo venezolano²². Contrato estatal o público, para otro sector de la doctrina²³.

B. *La existencia de un derecho real administrativo del concesionario a pesar del régimen legal general*

Curiosamente, a contravía de lo expresamente dispuesto en la Ley Orgánica de Bienes Públicos²⁴, no solo la doctrina²⁵ sino incluso la legislación general²⁶ y buena parte de la sectorial²⁷, destaca expresamente que las diversas concesiones de bienes del dominio público otorgan un derecho real administrativo (o simplemente <<un derecho>>) al concesionario, en atención a los lineamientos conceptuales de estos últimos²⁸. Es decir, un derecho real cuyo

R.V.L.J., Caracas, 2021, pp. 294-296, quien señala que, dada la falta de uniformidad de su régimen, en algunos casos las concesiones serán actos unilaterales y en otros bilaterales o contractuales.

²² Cfr. Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 27-33; Turuhpial Cariello, *Teoría...*, pp. 434-437); Turuhpial Cariello, *La actividad...*, pp. 346 y 350; PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*, Vol. 3º, TSJ, Caracas, 2003, pp. 356-366 (aunque este se refiere exclusivamente a la concesión de servicio público); LEAL W., Salvador: <<El régimen de concesiones públicas>>, en Parra Aranguren, F. y A. Rodríguez García (Edits.): *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, TSJ, Caracas, 2001, p. 72), no obstante que este parece aludir fundamentalmente a las concesiones de obra pública y de servicio público. En similar sentido apuntan los criterios de la Sala Político-Administrativa del TSJ, como puede verse por ejemplo en la decisión 187 del 05-02-2-02, citada en Brewer-Carías, Allan R.: *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*, EJV, Caracas, 2019, p. 178.

²³ Véase: Brewer-Carías, Allan R.: <<Prólogo. Sobre el régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos>>, en Romero Mendoza, A. (Coord.), *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, EJV, Caracas, 2000, pp. 10-16. Como contrato sinalagmático, solemne, aleatorio, a título oneroso, de adhesión y de Derecho Público, caracteriza a la concesión González Berti, *op. cit.*, pp. 200-202.

²⁴ Dispone su artículo 75: <<Las concesiones sobre Bienes Públicos no crean derechos reales; solo otorgan frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación del bien; de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes>>. Sin embargo, el artículo 77 *eiusdem* establece una regulación que luce contradictoria con el primer precepto, al disponer, en la hipótesis de enajenación de bienes públicos, que: <<...los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas...>> tendrán derecho preferente para su adquisición.

²⁵ Domínguez Guillén y Pérez Fernández, *op. cit.*, p. 45; Ghazzaoui Piña, *Notas...*, p. 133; Ghazzaoui Piña, Ramsis: <<La caducidad como forma de extinción de las concesiones demaniales y las garantías del concesionario: el caso de las concesiones mineras>>, *Revista Derecho & Sociedad Núm. 45*, UMA, Caracas, 2015, pp. 334-335; Ghazzaoui Piña, *El Decreto...*, p. 66).

²⁶ Artículos 73.2 y 174 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

²⁷ Artículo 24, *in fine*, de la Ley de Minas. El artículo 29 *eiusdem* califica de derecho real inmueble al derecho de exploración y explotación; artículos 107 y 138 de la Ley de Bosques; artículo 73, primer aparte, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; artículos 76, 83 y 106 de la Ley de Aguas.

²⁸ Véanse, entre otros: Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 759; Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General...*, p. 241); Turuhpial Cariello, *La actividad...*, p. 345.

libre ejercicio en los términos en que se concede²⁹ deberá garantizar la Administración Pública concedente, lo que distingue a la concesión demanial del permiso o autorización³⁰.

C. *El carácter predominantemente reglado de la concesión*

Característica de la regulación de las concesiones demaniales en la legislación sectorial venezolana es su nivel de detalle en cuanto a la delimitación de las potestades de la Administración Pública concesionaria, tanto en lo que se refiere al otorgamiento de la concesión (veremos que incluso en el ámbito del demanio hídrico, entre otros, pareció encuadrar según alguna regulación en un procedimiento de tipo concursal o de concurrencia competitiva), como en lo atinente a las potestades de seguimiento o supervisión³¹. No así, en algunos casos, para la terminación anticipada³². Por tanto, se trata de actuaciones convencionales densamente reguladas y predominantemente regladas, con lo que el carácter discrecional que en ocasiones señala la doctrina en otros países, sobre todo bajo los moldes clásicos del régimen de las concesiones de dominio público, parece resultar de difícil acomodo.

²⁹ Badell Madrid, *op. cit.*, p. 416), Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 757-758). Como derecho real inmueble –para el caso de las concesiones de hidrocarburos– lo califica Caballero Ortiz, Jesús: *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, EJV, Caracas, 1982, p. 68. En el caso español, referencia obligada es González Pérez, Jesús: <<Los derechos reales administrativos>>, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Núm. 25-26, UNAM, México 1957, pp. 79-114). Por su parte, Garrido Falla, *op. cit.*, pp. 456 y 532, luego de referir la clásica posición de González Pérez, señala que la forma típica de surgimiento de los derechos reales administrativos es la concesión de bienes del dominio público. Véase también, entre otros: Fernández Acevedo, Rafael: <<Las concesiones demaniales en el tráfico jurídico-privado>>, en De Reina Tartièrre, G. (Coord.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, pp. 341-345); De La Riva, Ignacio M.: <<La concesión de uso de bienes del dominio público>>, *Jurisprudencia Argentina, número especial, fascículo 13*, 2010-III, p. 60; Parada, Ramón: *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, 8º ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 85. En similar sentido, se destaca que el uso privativo de un bien demanial otorgado en concesión es un derecho real administrativo (Sánchez Morón, Miguel: <<Los bienes públicos en general>>, en Sánchez Morón, M. (Dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 57-58). Véase también: Marienhoff, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio público*. 4º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 59-61, 402-412, 435-439 y 453-455). Sobre los derechos reales administrativos para el Derecho Administrativo francés, pueden verse, entre mucho otros: De Laubadère, André et Yves Gaudemet: *Traité de droit administratif*, Tome 2. Droit administratif des biens, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 210-214); Richer, Laurent: <<Les cent ans de la théorie des droit réels>>, *Colloque Contrats et propriété publics*, Montpellier, 28-29 avril 2011, pp. 1-8. <https://www.laurentricher.fr/wp-content/uploads/2020/07/Les-cent-ans-de-la-th%C3%A9orie-des-droits-r%C3%A9els.pdf>; Grosdidier, Jean: <<L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public: une reformulation a-proprété riste>>, *Les annales de Droit* 7, 2013, p. 111-136. <https://journals.openedition.org/add/821>.

³⁰ En Derecho venezolano véase Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 759. Cfr. entre otros: De La Riva, *op. cit.*, pp. 57-58); Marienhoff, *Permiso especial...*, pp. 17-22). No es el caso entrar a examinar los criterios distintos, no siempre uniformes en la doctrina, entre cada categoría autorizatoria de uso de bienes demaniales. Para Venezuela, puede verse recientemente: Hernández-Mendible, *Los títulos...*, pp. 275-310). En el caso español, véase, por ejemplo: García Pérez, Marta: <<Naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público>>, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña Núm. 1*, 1997, pp. 337-351.

³¹ No así en el caso de la concesión del demanio costero, escasamente regulada. Mientras que, en otros ordenamientos, se destaca la preponderante discrecionalidad administrativa en muchos aspectos de la concesión (v.g. Garrido Falla, *op. cit.*, p. 533).

³² V.g. Artículo 73.6 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

D. *La inexistencia de concesiones a perpetuidad*

Debido muy probablemente a las desafortunadas experiencias de muchos países iberoamericanos con las empresas multinacionales en esta materia³³, y también a la tendencia de ir reduciendo los plazos de las concesiones de explotación de hidrocarburos a los grandes consorcios petroleros internacionales en el caso venezolano, proceso este último que pareció culminar con la reserva de la década de los setenta, la regla es el otorgamiento de concesiones con tiempo prefijado, recogida actualmente en los artículos 113 y 156.16 del texto constitucional³⁴. A ello se agrega que un sector de la doctrina entiende que, por su propia naturaleza, la concesión de un bien del dominio público debe ser temporal³⁵.

Esbozados brevemente los principales caracteres que delinear el régimen de las concesiones de bienes del dominio público en Venezuela, procede entrar a analizar el asunto con más detalle, ahora en el caso concreto del demanio hídrico.

II. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. *Antecedentes normativos*

Iniciando el último cuarto del siglo XIX, la codificación civil venezolana estableció un régimen dual para los cursos de agua, según se tratara de bienes del dominio público o bienes susceptibles de apropiación privada, como se acotó en otra ocasión³⁶. En el primero de los casos, su uso privativo correspondía entonces a los particulares mediante técnicas habilitantes, específicamente concesorias³⁷. Uso privativo que fue regulado mediante la legislación sectorial de las aguas del siglo XX, teniendo como punto culminante, antes de la publicación de los recursos hídricos que tuvo lugar con la Constitución de 1999, un reglamento parcial de 1996 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas. Allí se detalló el régimen para el otorgamiento de las respectivas concesiones de uso y aprovechamiento, asunto que será tratado más adelante.

³³ Quizá en parte, por ello, al referirse a los propósitos de las nacionalizaciones en Latinoamérica, incluyendo las que tuvieron lugar en Venezuela en la década del setenta del siglo pasado, se señala que tuvieron un contenido político y estratégico, como reacción contra el capital extranjero, más que contra el capitalismo, como afirma Caballero Ortiz, *op. cit.*, pp. 75-76)

³⁴ Artículo 113: “Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”. Artículo 156.16, *in fine*: “El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”. Véase, por ejemplo: Brewer-Carías, *Prólogo...*, p. 13. En el caso de la concesión de aprovechamiento de aguas, ya la legislación preconstitucional fijaba su carácter temporal (artículo 92 de la hoy derogada Ley Forestal de Suelos y Aguas).

³⁵ Badell Madrid, *op. cit.*, pp. 298 y 302.

³⁶ *Cfr.* Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: <<Aproximación al régimen jurídico de los recursos hídricos en Venezuela. Especial referencia a su marco institucional y regímenes de control y sancionador>>, en Pimiento Echeverría J.A. y G. García Álvarez (Coords.), *Lecturas de Derecho de Aguas. El Derecho de Aguas en Latinoamérica y Europa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 125-132, así como la bibliografía allí citada, especialmente: Brewer-Carías, Allan R.: <<Estudio sobre el régimen de las aguas>>, en *Ley de Aguas*, EJV, Caracas, 2007, pp. 22-39. Véase también: Hernández-Mendible, Víctor Rafael: <<El régimen de las aguas en Venezuela>>, *Revista de Derecho Público Núm. 165-166*, EJV, Caracas, 2021, pp. 253-254.

³⁷ Véase al respecto: Polanco Alcántara, Tomás: *Derecho Administrativo Especial*, UCV, Caracas, 1959, pp. 172-179.

2. *Su mayor importancia teórica luego de la publicación constitucional de los recursos hídricos*

Consecuencia de la publicación de todos los cursos de agua establecida en el artículo 304 de la Constitución de 1999³⁸, es la mayor importancia que –al menos en teoría- adquieren las técnicas autorizatorias y concesorias para la explotación de los recursos hídricos. Ello, toda vez que ya estos últimos dejan de ser de potencial apropiación privada, por lo que su uso y aprovechamiento –en la hipótesis de que no sea el común o general al que tiene derecho la colectividad- se supeditan a las políticas y gestión estatales³⁹.

Por consiguiente, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se debería convertir en el título jurídico usual para los grandes aprovechamientos de las aguas (uso privativo) a ser empleado por los particulares o personas privadas⁴⁰. No obstante, todo indica que la escasa aplicación del régimen legal seguirá prevaleciendo⁴¹. De allí que lo que aquí se expone tiene un propósito y ámbito predominantemente teóricos.

Así las cosas, cabe exponer brevemente los principales caracteres de la concesión de aprovechamiento de aguas conforme a su regulación legal⁴² y reglamentaria⁴³, lo que se hace de seguida.

3. *Distinción con otras figuras afines de aprovechamiento de los recursos hídricos (asignaciones y licencias)*

La regulación de los usos privativos de las aguas, como bienes del dominio público, tiene su base en los artículos 61 al 70 y 75 al 83 de la Ley de Aguas. De acuerdo con el artículo 75 de esta: “*Los usos con fines de aprovechamiento de aguas para generación hidroeléctrica, actividades industriales y comerciales, serán sujetos al otorgamiento de una concesión o asignación*”. Ello queda complementado con lo dispuesto en el artículo 61.2 *eiusdem*, que clasifica a los usos de las aguas e incluye en la categoría de usos sujetos

³⁸ La <<constitucionalización>> de las aguas, a que se refiere Hernández-Mendible, *El régimen de las aguas...*, p. 253. Norma que tuvo como antecedente los trabajos realizados por la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH) en la década del setenta del siglo XX. Véase al respecto la bibliografía citada en Torrealba Sánchez, *op. cit.*, pp. 125-169, especialmente: Brewer-Carías, Allan R.: *Derecho y Administración de las aguas y otros recursos naturales*, UCV, Caracas, 1976, pp. 45-78. Véase también: Azpúrua Q., Pedro Pablo: *Agua, ambiente y desarrollo. Papeles de Pedro Pablo Azpúrua*, UCAB -Fundación Polar, Caracas, s/f, pp. 21-576. <https://bibliofep.fundacionempresasolar.org/publicaciones/libros/agua-ambiente-y-desarrollo/>.

³⁹ Véase: Brewer-Carías, *Derecho y Administración...*, pp. 39-54.

⁴⁰ En materia de aprovechamiento recursos hídricos, la concesión ha sido descrita como <<pedra angular de todo el sistema>> (Martín-Retortillo, Sebastián: *Derecho de aguas*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p.: 266) o <<eje del sistema de utilización de los recursos>> (*Ibidem*, p. 273).

⁴¹ *Cfr.* Duque Corredor, Román J.: <<Breve relación sobre la reforma del régimen jurídico de las aguas en Venezuela>>, *Congreso Internacional de Códigos y Desafíos para Enfrentar la Crisis del Agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2014, pp. 315-323. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/43527>. La falta de aplicación de la legislación de aguas en Venezuela ya había sido puesta de manifiesto, por ejemplo, en: Azpúrua Q., Pedro Pablo y Cecilia SOSA G.: *Hacia una Ley de Aguas. Evolución del Proyecto de Ley (1972-1982)*, s/e, Caracas, 1982, s/p.

⁴² Ley de Aguas, G.O. Núm. 38.594 del 02/01/07.

⁴³ Reglamento de la Ley de Aguas, Decreto N° 3.367 del 12/04/18, G.O. Núm. 41.377 del 12/04/18.

a concesión, asignación o licencia, los siguientes: abastecimiento a poblaciones; agrícolas; actividades industriales; generación de energía hidroeléctrica y comerciales⁴⁴.

En tanto, los usos comunes o generales son libres (no sujetos a control previo), como establece el artículo 73, actualizando la regulación del Código Civil. A saber:

<<Usos no sujetos a control previo.

Todos pueden usar las aguas sin necesidad de concesión, asignación o licencia, mientras discurren por sus cauces naturales, para bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado y para la navegación. Igualmente, todos pueden usar y almacenar las aguas pluviales que precipiten en sus predios. Estos usos llevarán a cabo sin detener ni cambiar el curso de las aguas, deteriorar su calidad o afectar su caudal, ni excluir a otros usuarios y usuarias del ejercicio de sus derechos, cumpliendo con la legislación ambiental, sanitaria pesquera y de navegación>>.

Disposición que se reitera parcialmente en el artículo 61.1. *eiusdem*⁴⁵.

Queda así evidenciado que el régimen de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos se basa en la distinción clásica entre usos comunes o generales y usos privativos o especiales⁴⁶, aplicable a los bienes del dominio público⁴⁷. Y, en el caso de los últimos, se aplican las técnicas habilitantes, que, de acuerdo con la Ley de Aguas, se manifiestan en tres categorías: concesión de aprovechamiento, asignación y licencia⁴⁸.

Ya se destacó la diferenciación clásica que recoge la Ley, entre usos privativos comerciales o industriales y usos comunes o generales (“domésticos”). En el caso de los particulares, será la modalidad concesoria la que proceda. En el supuesto de que los solicitantes sean órganos o entes públicos, la ley la denomina entonces “asignación”, para <<...la asignación de derechos preferentes sobre los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus

⁴⁴ Puede verse el antecedente de esta disposición en: Polanco Alcántara, *op. cit.*, p. 173. Existe en la actualidad un muy incompleto proyecto de Ley Orgánica de Aguas presentado ante el Parlamento en junio de 2021. En la versión disponible en línea, en su artículo 30, intitulado: De los usos de las aguas, se establece: A los efectos del consumo responsable y sustentable de las aguas en fuentes superficiales y subterráneas, los usos más significativos y que están sujetos a la tramitación de concesiones, asignaciones y licencias, se reconocen como: 1. Abastecimiento para el Consumo Humano. 2. Agrícola y Pecuario. (Abarca Acuicultura, Piscicultura, Silvicultura, Ganadería, Pesca) 3. Actividades industriales (Incluye industria minera y petrolera) 4. Generación de energía eléctrica. 5. Comerciales y otras actividades económicas. 6. Usos de fuentes no convencionales: a. Agua de Mar. b. Agua de Lluvia.

⁴⁵ Tales normas tienen su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH tres décadas antes (*Cfr. Azpúrua Q., op. cit.*, 471). Sobre este asunto puede verse, en el Derecho español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁴⁶ Cabe estar atento a los términos empleados en cada legislación, pues, por ejemplo, en el caso de los recursos hídricos, a veces se distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos.

⁴⁷ Véase también: Brewer-Carías, *Estudio...*, pp. 56-58; Fernández Morales, Juan Carlos: *Administración del Agua. Estudio Comparativo entre el Derecho español y venezolano*, ULA, Mérida-Venezuela, 2007, pp. 181-186. De manera general: Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 755-758; Turuhpial Cariello, *Teoría...*, pp. 436-437. En el Derecho español, pueden verse las consideraciones teóricas sobre el uso común general de los recursos hídricos, entre otros, de: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 233-237.

⁴⁸ Para el Derecho español, que distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos, y la necesidad de concesión para estos últimos, consúltese: *Ibidem*, pp. 247-250 y 258-261).

atribuciones>> (artículo 78)⁴⁹. El régimen de la asignación es el mismo de la concesión (y de la licencia), según dispone el artículo 79 *eiusdem*.

En cuanto a las licencias, estas son requeridas en las hipótesis de: <<...*usos de aguas en sus fuentes superficiales y subterráneas, con fines de abastecimiento a poblaciones, agrícolas y recreacionales sin fines de lucro...*>> (artículo 80). Es decir, usos que exceden de los llamados “domésticos”. Se trata del típico caso en el que distinguir el permiso de uso de la concesión sobre la base de meros criterios cuantitativos puede resultar insuficiente y problemático.

4. *Naturaleza jurídica contractual regulada por el Derecho Público*

Ya se adelantó la naturaleza contractual de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos⁵⁰, como lo dispone el artículo 76 de la Ley de Aguas al describirlas como <<*actos contractuales mediante los cuales se otorgan derechos e imponen obligaciones...*>>⁵¹. Ello se confirma al contrastar esa disposición con la caracterización legal de la licencia como <<acto administrativo>> que <<...*establece las condiciones bajo las cuales se aprovechará el recurso*>> (artículo 81)⁵². Puede verse claramente también aquí la antinomia con las disposiciones de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, previamente referidas, en lo que se refiere al surgimiento de derechos en cabeza del concesionario.

5. *Objeto y beneficiarios.*

Cónsono con los criterios generales de la doctrina, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se otorga a los particulares para la realización de actividades industriales y comerciales (artículo 75) que, por su magnitud, requieren usos privativos. No obstante, otros usos de importancia en lo cuantitativo solo requieren licencia, como lo son los agrícolas y de abastecimiento a poblaciones (artículo 80).

Se distingue así la concesión respecto del uso común general o libre por la magnitud, dado que la primera implica de suyo un carácter privativo. Lo que queda comprobado además, por el hecho de que la Ley aclare expresamente que, en ningún caso los usos generales o comunes, es decir, los libres, pueden conllevar la detención o alteración del curso de las aguas, o afectarlas en calidad o caudal, ni excluir a otros usuario en el ejercicio de sus derechos (artículo 73, *in fine*). Por argumento a contrario, los usos que hagan los particulares susceptibles de causar tales efectos, en caso de que puedan realizarse con sujeción al ordenamiento jurídico, estarán sometidos a concesión, en la mayoría de los casos, pues son privativos y no comunes.

⁴⁹ La distinción tiene su antecedente en el Derecho positivo en la reglamentación preconstitucional (hoy derogada), inspirada a su vez en el Anteproyecto de Ley de Aguas de la década del setenta del siglo pasado. Véase el artículo 27 del Decreto 1.400 ya referido, Normas sobre la regulación y el control... Y esta, a su vez, en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (Véase: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 472).

⁵⁰ Ya Polánco Alcántara, *op. cit.*, p. 177 señala que esta concesión debía otorgarse mediante contrato.

⁵¹ Ya la normativa reglamentaria preconstitucional, al igual que la legal, calificaba a la concesión de aguas como contrato (artículos 28, 29 y 32 del ya referido Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...). La naturaleza contractual de la concesión demanial hidráulica es también señalada por Fernández Morales, *op. cit.*, p. 186).

⁵² En el Derecho español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 267), la define como una resolución administrativa de carácter unilateral.

6. *Limitada discrecionalidad en el otorgamiento.*

Como ya se adelantó, en el caso venezolano, en el otorgamiento de estas concesiones demaniales no hay un amplio margen de discrecionalidad, como sí puede haberlo en otros ordenamientos⁵³. Ello, por varias razones, tanto técnicas como políticas. Lo anterior también se manifiesta en la regulación de los recursos hídricos.

Así, por ejemplo, el artículo 78 de la Ley de Aguas establece que los entes del sector público tienen derechos preferentes al uso de los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones, a través de las correspondientes asignaciones, para lo cual se reenvía al correspondiente reglamento (artículo 79).

Por otra parte, ese otorgamiento de concesiones está sujeto al sistema de planificación hídrica regulada en la Ley (artículo 83)⁵⁴, para lo cual, entre otros mecanismos, se establece un registro obligatorio de usuarios como sistema de apoyo para el control administrativo, los planes de gestión integral y la protección de los derechos de los usuarios (artículo 85). Registro que incluye, por supuesto, a los usos sujetos a concesiones (artículo 86), y que es además soporte probatorio de los derechos sobre los recursos hídricos (artículo 87).

Estas normas legales son complementadas por las reglamentarias. En ese sentido, el Capítulo II, artículo 4° del Reglamento de la Ley de Aguas, establece una serie de criterios técnicos para la elaboración del balance demanda-disponibilidad del recurso hídrico, reenviando a su vez a la elaboración de normas técnicas. También da pautas en materia de protección y conservación de aguas subterráneas que inciden en los criterios para el otorgamiento de concesiones. Por ejemplo, las limitaciones volumétricas para establecer reservas renovables de aguas subterráneas (Art. 11); la generación de mapas de vulnerabilidad de acuíferos para priorización de zonas críticas (Art. 12); así como la identificación y protección de zonas de recargas de acuíferos (Art. 15).

Mención aparte requiere el Capítulo IX, intitulado: Criterios para la determinación de los instrumentos de control previo. En ese sentido, el artículo 36 dispone que el otorgamiento de concesiones se hará tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. Se agrega en el precepto que el volumen de extracción estará sujeto a las condiciones especiales de sequías u otros eventos, por lo que los volúmenes establecidos en las concesiones y demás actos no se garantizan. Finaliza el dispositivo reiterando que la Administración Pública concedente tomará las medidas necesarias para la protección y aprovechamiento sustentable del recurso hídrico⁵⁵.

⁵³ En contra: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 187-188, aunque señala que esa discrecionalidad no es absoluta, dada la necesaria adecuación de la concesión con la planificación hídrica y la necesidad de motivación en su denegatoria, invocando el marco legal y doctrinario español. A nuestro modo de ver, en el estado actual de evolución del Derecho Público es difícil sostener la persistencia de discrecionalidades absolutas. Y, por otra parte, los condicionamientos técnicos que deben evaluarse en el otorgamiento de la concesión conforme a la normativa legal y reglamentaria son abundantes, lo que obstaculiza sostener que la decisión respectiva sea prevalentemente discrecional.

⁵⁴ Se destaca que la planificación es en extremo fundamental para el encuadramiento de las concesiones (Martín Retortillo, *op. cit.*, p. 273), para concluir que <<...en nuestros días cabe convenir que es difícil comprender como puede ser otorgada una concesión sin referencia a un plan>> (*Ibidem*, pp. 281).

⁵⁵ Incluso, en la reglamentación preconstitucional se llegó a plantear el carácter competitivo del otorgamiento de la concesión, sobre la base del artículo 30 del hoy derogado Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...), que establecía una serie de criterios para la selección de concesionario en la hipótesis de concurrencia de varios solicitantes, norma que lamentablemente

Asimismo, el solicitante de la concesión debe acompañar estudio técnico e hidrogeológico, conforme a los criterios y métodos que establezca la Administración Pública concedente, que demuestre que la fuente tiene la capacidad para producir el volumen y calidad requeridos para el uso, así como que la concesión no afectará los aprovechamientos preexistentes. Y en el caso de aprovechamientos subterráneos, en la hipótesis de que dos usuarios aprovechen el mismo acuífero o se presuma que existe interferencia entre pozos, la Administración Pública concedente determinará las características hidráulicas de la fuente. Y, de comprobarse disminución en los niveles y caudal requeridos, elaborará un cronograma de aprovechamiento para los usuarios, garantizando el acceso al recurso, pero también la protección de este (artículos 37 y 38).

Como puede verse, la abundancia de condicionamientos, tanto de política territorial ambiental e hídrica, como estrictamente técnicos, limita ampliamente y hasta condiciona el margen de elección de la Administración Pública concedente en el caso de las solicitudes de aprovechamiento de recursos hídricos⁵⁶.

7. *Efecto: otorgamiento de un derecho real administrativo.*

No es especialmente explícita la Ley de Aguas en cuanto a definir la naturaleza del derecho que se adquiere con el otorgamiento de la concesión, pues su artículo 76 se limita a disponer que esas <<otorgan derechos e imponen obligaciones para el uso del recurso con fines de aprovechamiento>>⁵⁷.

No obstante, si se entiende el derecho real administrativo como aquel mediante el cual el beneficiario de una concesión demanial tiene derecho a que la Administración Pública concedente, durante la vigencia del título – y por ende, en tanto no se produzca una terminación anticipada del mismo-, no solo le respete su derecho al uso, goce y aprovechamiento (según el caso) del bien concedido, sino que incluso tenga el deber de realizar prestaciones para su cabal ejercicio, así como aquel que pueda ser defendido frente a perturbaciones de

no recogió ni la Ley ni el Reglamento vigentes. No obstante, consideramos que tales parámetros mantienen su utilidad y deberían utilizarse como criterios, a saber: 1) Su conformidad con la política de distribución del recurso establecida por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en desarrollo de lo previsto en el artículo 17 de estas Normas. 2) Su compatibilidad con el Plan Nacional y los Planes Regionales de Aprovechamiento de los Recursos Hídricos. 3) Las investigaciones y estudios realizados. 4) Las mayores ventajas ofertadas. 5) Las mejores condiciones técnicas y económicas para responder del ejercicio de la concesión o de la asignación. Ese carácter concursal o competitivo se reflejaba aún con más claridad en el artículo 31 del mismo reglamento, al establecer que La Administración podría otorgar concesiones mediante licitación cuando lo juzgara necesario o así estuviera previsto en la planificación, así como que esas concesiones podrían comprender, además, la construcción o administración de la infraestructura necesaria para la captación, aducción, suministro y distribución de dichos recursos. Sobre este punto puede verse: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁵⁶ Y es que, a pesar de que en la legislación española se consagra expresamente la discrecionalidad en el otorgamiento de las concesiones, señala la doctrina de ese país lo siguiente, que entendemos con mayor razón aplicable al supuesto venezolano: <<Resulta obligado realzar el contexto de las cláusulas generales que, como ya se dijo, entorna con carácter limitativo la discrecionalidad de todo el régimen concesional, y cuya vinculación jurídica resulta incuestionable: explotación racional de los recursos, afectación de las aguas a la riqueza nacional, menor consumo de agua; etc. En definitiva, todo un conjunto de cláusulas, de alcance inequívoco que, en efecto, imponen un muy notable condicionamiento de la discrecionalidad, al mismo tiempo que, en cuanto a los principios jurídicos que establecen, constituyen elemento a tener en cuenta para la confrontación jurisdiccional de lo actuado por la Administración>> (Martín-Retortillo, *op. cit.*, p. 290).

⁵⁷ Coincidía respecto a que el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de recursos hídricos creaba un derecho: Badell Madrid, *op. cit.*, p. 416.

terceros mediante el uso de los medios jurídicos de defensa respectivos, de una interpretación armónica de la Ley puede concluirse que se está en presencia de esta categoría de derechos⁵⁸.

En ese sentido, los artículos 66 y 67 de la Ley de Aguas establecen un régimen de servidumbres con el fin de que los concesionarios ejerzan su derecho a ocupar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras y para la realización de las actividades propias del uso sobre bienes públicos (artículo 66). Servidumbre a título gratuito si es sobre bienes demaniales (no prevé el caso de que se trate de bienes públicos del dominio privado), y a título oneroso si recae sobre bienes privados (artículo 67).

De forma similar, en una norma de dudosa constitucionalidad, los concesionarios tienen derecho a ocupar temporalmente terrenos de propiedad pública o privada que se requieran con el fin de realizar los estudios requeridos para ejercer sus derechos, previa autorización del Ministerio competente para otorgar la concesión, indemnizando por el daño emergente a los terceros afectados (artículo 68)⁵⁹.

Todos estos derechos que se otorgan al concesionario, incluso algunos cuestionables, llevan a sostener con razonable certeza que se está en presencia del otorgamiento de un ver-

⁵⁸ Véase: González Pérez, *op. cit.*, pp. 92-98. Sobre la caracterización general de los derechos reales en el ordenamiento venezolano, puede verse, entre otros: Domínguez Guillén y Pérez Fernández, *op. cit.*, pp. 185-255, y respecto a los derechos reales administrativos puede verse la referencia de Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 758-759.

⁵⁹ Y es de dudosa constitucionalidad, primero por el hecho de que, tratándose de la afectación del derecho de propiedad y de otros derechos de los terceros, pueda ser autorizada por la Administración Pública sin intervención judicial, lo que es admisible en la ocupación temporal regulada en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social porque, en esta, la misma se destina a la ejecución de una obra previamente declarada de utilidad pública conforme a las exigencias de la misma Ley. En cambio, la ocupación temporal prevista en la Ley de Aguas no viene justificada por una previa declaratoria de utilidad pública que le dé sustento a la limitación legal de los derechos de los terceros particulares sobre ese bien que va a ser temporalmente ocupado, al punto de que no se requiera intervención judicial para su ejercicio. Ello, dado que la declaratoria de utilidad pública en esta ley sectorial se refiere a una genérica y etérea <<gestión integral de las aguas>> (artículo 7), declaración que, a nuestro modo de ver, no permite entender que el otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos sea de utilidad pública *per se* (y en esto la Ley vigente se diferencia del Proyecto COPLANARH, mucho más concreto y explícito, como puede verse en: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 465). Y, en segundo término, entendemos que es también constitucionalmente cuestionable que el legislador restrinja previamente la indemnización al daño emergente, excluyendo por argumento a contrario el lucro cesante, atentando injustificadamente contra el patrimonio del afectado y, por tanto, desnaturalizando el propósito de la indemnización (dejar indemne), que busca reparar cabalmente el daño patrimonial (Sobre el carácter integral del resarcimiento del daño, que incluye el lucro cesante en el caso del daño material, puede verse en el Derecho venezolano, entre otros: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Editorial R.V.L.J., Caracas, 2017, pp. 240-242 y 276-277. Lo anterior, además, no queda subsanado en nuestro criterio por el hecho de que el artículo 68 *in fine*, atribuya al juez civil la potestad para fijar el monto en caso de desacuerdo entre las partes, pues este ya estará limitado en su prudente arbitrio. Otro argumento para apuntalar lo señalado es que en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH, se preveía la ocupación temporal conforme a lo previsto en la legislación de expropiación e indemnizándose al afectado por tal medida, sin las cortapisas que tiene el texto comentado (Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 473). Como puede verse, el régimen de la ocupación temporal por parte del concesionario en la Ley de Aguas no respeta las garantías sustantivas ni procesales de los derechos de terceros, lesionando por consiguiente los derechos constitucionales de propiedad y de tutela judicial efectiva, así como a la Justicia como valor constitucional (Véase sobre el asunto: Domínguez Guillén, María Candelaria: <<Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones>>, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 7*, R.V.L.J., Caracas, 2016, pp. 88-106).

dadero derecho real administrativo anejo a la obtención de la concesión de aprovechamiento⁶⁰, y, por tanto, oponible *erga omnes*⁶¹.

8. *Carácter personalísimo vs. finalidad*

La concesión para el uso y aprovechamiento de recursos hídricos pareciera tener un carácter personalísimo o *intuitu personae* en el ordenamiento jurídico venezolano⁶², dado que el artículo 70 de la Ley de Aguas prohíbe su cesión o transferencia total o parcial⁶³:

Prohibición de cesión o transferencia. Se prohíbe a los y las titulares de concesiones, asignaciones y licencias, cederlas o transferirlas a terceros, total o parcialmente.

No obstante, eso parece relativizarse, en razón de que tal prohibición no viene dada tanto por las características personales del concesionario como por la finalidad específica de la concesión. En efecto, según lo establece el artículo 72 *eiusdem*, en la hipótesis de que se produzca la enajenación del inmueble donde se haya otorgado la concesión, esta podrá ser reasignada previa solicitud por (*rectius*: ante) la Administración Pública concedente, remitiendo al desarrollo reglamentario respecto a los criterios, requisitos y tramitación de tal reasignación.

En ese sentido, el artículo 51 del Reglamento no aporta mayor detalle, al limitarse a disponer que tal reasignación podrá realizarse hasta seis (06) meses antes del vencimiento del contrato o acto administrativo (también se admite la reasignación de licencias), así como que el nuevo usuario completará el período restante de la concesión y asumirá todos los deberes y derechos relacionados con el aprovechamiento otorgado en las mismas condiciones en que lo fueron originalmente. A su vez, el artículo 52 enumera los instrumentos que deben acompañarse a la solicitud de reasignación, a saber: la respectiva planilla; el título que acredite la condición de nuevo propietario del inmueble donde se encuentra la concesión y la copia del título del otorgamiento original.

En todo caso, esa posibilidad de “reasignación” al nuevo titular del inmueble donde opera la concesión obstaculiza sostener el carácter realmente personalísimo de la concesión.

9. *Contraprestación*

Por otra parte, el artículo 94 de la Ley de Aguas regula de forma bastante imprecisa el canon o pago de la concesión, denominándolo “contraprestación”, el cual estaría destinado a la conservación de la cuenca, sobre la base de una serie de parámetros, reenviando al reglamento los detalles de su cálculo. Como antecedente de esa regulación parece encontrarse una suerte de contribución parafiscal hoy derogada (de precario anclaje constitucional al haber sido establecida por norma sublegal)⁶⁴, lo que contribuiría a explicar la escasa claridad del

⁶⁰ En similar sentido: Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 36). Para el Derecho de aguas español: Martín-Retortillo, *op. cit.*, pp. 258-260.

⁶¹ *Cfr.* González Pérez, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁶² Así lo establecía expresamente el artículo 29.8.5 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...). Una opinión doctrinaria señala esta característica como común a las concesiones administrativas (Matilla Correa, *op. cit.*, pp. 109-111).

⁶³ Sobre la cesión de derechos al uso privativo de las aguas, puede verse: Fernández Morales, *op. cit.*, pp. 203-207.

⁶⁴ Decreto Núm. 2.331 del 05/06/92 publicado en G.O. 35.042 del 04/09/92, derogado por la Disposición Derogatoria Única, *in fine*, de la Ley de Aguas. La inconstitucionalidad de esa regulación —a pesar de no estar ya vigente— fue declarada por sentencia de la SPA-TSJ Núm. 93 del 10/03/22.

precepto⁶⁵. Además, el hecho de que el texto legal se aparte de su antecedente más inmediato, a saber, las normas reglamentarias preconstitucionales, que establecían un canon y lo distinguían de cualquier aporte para la conservación de la cuenca hidrográfica⁶⁶, parece confirmar su naturaleza tributaria o parafiscal, antes que vinculada con una contraprestación contractual.

Pero hay más. El artículo 2° del Reglamento, contentivo de una serie de definiciones, se refiere a esa contraprestación como: <<...el pago que deben realizar todas las personas (...) beneficiarias de concesiones, asignaciones o licencias de aprovechamiento del recurso hídrico, con el objetivo de contribuir con la conservación de la cuenca, el cual será pagado de acuerdo a lo establecido en el acto autorizatorio correspondiente>>. Se calcula multiplicando el volumen de agua aprovechada por el factor de uso (este último resulta del producto entre la tarifa y el uso aprovechamiento), y <<su resultado se expresa en unidades tributarias>>.

El asunto parece volverse más complejo, pues el mismo precepto alude a una tarifa, definiéndola como: <<Canon establecido para la conservación y recuperación de la cuenca, expresado en Unidades Tributarias por metro cúbico de agua aprovechada>>, al igual que se refiere a un <<Uso por aprovechamiento>>, concibiéndolo como <<...una variable incluida en el cálculo del factor de uso, cuyo valor toma en cuenta el tipo de uso del agua, el tipo de fuente y la personalidad jurídica del solicitante. Es un valor adimensional; es decir, no se relaciona con ninguna dimensión física>>.

Como puede verse, el precepto dista de resolver las múltiples dudas acerca de la naturaleza jurídica y la forma de cálculo de tal contraprestación, así como de si es o no distinta de otras tarifas, contribuciones o cánones, asunto cuyo desarrollo excedería el propósito de estas páginas.

10. Plazo y causales de nulidad.

Establece el artículo 77 de la Ley de Aguas que el plazo máximo de las concesiones de aprovechamiento será de veinte años, prorrogable, para luego agregar que el mínimo no

⁶⁵ Lo que parece quedar corroborado con la regulación de la contraprestación en el Capítulo XIV, Del cálculo de la contraprestación por aprovechamiento, del Reglamento de la Ley de Aguas. El artículo 57 establece una fórmula matemática con sus respectivas tablas; el artículo 58 refiere que tales aportes serán usados para la conservación de la cuenca de la cual se surte el usuario, o si esta no lo requiere, del uso del <<aporte recaudado>> para la conservación de otras cuencas; el artículo 59 alude al cálculo de la contraprestación para las empresas hidroeléctricas y de abastecimiento de agua potable, determinado mediante el cálculo del 1% del ingreso total bruto para las empresas hidroeléctricas y el 0.5% para las de agua potable (salvo que se trate de entidades sin fines de lucro prestadoras del servicio de abastecimiento de agua potable, en cuyo caso será del 0.6%, conforme dispone el artículo 60. Por último, el artículo 61, intitulado <<Tarifa del aprovechamiento en el cauce del río Orinoco>>, establece lo que llama una <<tarifa>> que se aplicará a los usuarios que realicen el aprovechamiento directamente en el cauce del río Orinoco. Como puede verse, lejos de aclarar el asunto, el reglamento complica aún más la tarea de intentar esclarecer la naturaleza jurídica de la <<contraprestación>>, si es que todas esas normas se están refiriendo a ella, lo que también se presta a dudas.

⁶⁶ Véase el hoy derogado Reglamento (Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...): Artículo 28. *En las concesiones a título oneroso, el interesado cancelará al Fisco Nacional un canon por el aprovechamiento del recurso, calculado en base a la cantidad del recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, la variabilidad de su régimen y su energía potencial. Párrafo Único: El monto, forma y oportunidad del pago del canon señalado en este artículo, será establecido por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. En dicho Decreto se establecerán estímulos para la eficiencia en el manejo del recurso por parte de los concesionarios.*

podrá ser inferior al que se requiera para depreciar el valor de las obras construidas o amortizar el de las inversiones realizadas para el ejercicio de la actividad a que se destine ese aprovechamiento⁶⁷.

Por otra parte, además de lo dispuesto por el régimen general de las nulidades en el Derecho Administrativo, conforme a los artículos 83 y 106 de la Ley de Aguas las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos serán nulas si resultan contrarias a la ley, a reglamentos o a instrumentos de planificación territorial o de gestión integral de la aguas.

Nada establece, como ya se señaló, el Reglamento sobre terminación anticipada de la concesión, a diferencia de la normativa reglamentaria previa (Artículos 37 y 38 del Decreto 1400 (Normas sobre la regulación y el control...)⁶⁸. Tampoco sobre eventuales prórrogas hasta llegar al límite máximo, como sí contemplaba el artículo 39 de la normativa sub-legal derogada. En ambos casos habrá que atenerse a lo que disponga el contrato respectivo y, en su defecto, al marco legal aplicable supletoriamente.

11. Otras particularidades de la concesión

Una particularidad de esta concesión demanial la consagra el artículo 64 *eiusdem*, aunque no ajena a las cláusulas de la contratación pública, a saber: la *potestas variandi* por parte de la Administración Pública concedente, que implica el poder de suspender temporalmente las concesiones, o bien de modificar sus condiciones “...en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas”. Veamos su texto:

Suspensión o modificación temporal. El ministerio que ejerza la Autoridad Nacional de las Aguas podrá suspender temporalmente las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento o modificar sus condiciones, en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas. Asimismo, los beneficiarios de concesiones, asignaciones y licencias podrán solicitar la revisión del alcance y contenido de las mismas por causas que pudieran sobrevenir.

Se trata de una norma que regula, al menos, dos supuestos distintos que no están claramente diferenciados en su tratamiento. El primero, una emergencia que provoque una crisis temporal de disponibilidad de los recursos hídricos, que debería implicar entonces una igualmente temporal modificación de los términos de la concesión, y solo en última instancia su suspensión, atendiendo al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa.

La segunda hipótesis, en cambio, implicaría un cambio radical en la situación fáctica que permitió el otorgamiento de la concesión, modificación determinada por una emergencia de “escasez permanente”. En tal hipótesis, la modificación o suspensión de la concesión sería, en un primer caso, igualmente temporal, entre tanto la Administración Pública logra solucionar o, al menos mitigar, tal escasez. En la hipótesis contraria, esto es, ante el acaecimiento de una emergencia que produce efectos permanentes impeditivos para que el uso y aprovechamiento concedido se mantenga en los términos originales, se trata de una causa de modificación permanente de circunstancias que obligarían a todo evento a un cambio igual-

⁶⁷ La norma tiene su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (Azpúrua Q., *op. cit.*, p 474). Ya se señaló que el artículo 92 de la preconstitucional Ley Forestal de Suelos y Aguas imponía la temporalidad de esas concesiones (máximo 60 años) que se regularían “por contratos especiales”. La prohibición de perpetuidad de las concesiones demaniales es, hasta donde sabemos, regla tradicional en el Derecho positivo venezolano. Sobre la temporalidad de las concesiones del dominio público hídrico puede verse también: Fernández Morales, *op. cit.*, p.190).

⁶⁸ Sobre la terminación anticipada de la concesión en el Derecho venezolano puede verse: *Ibidem*, pp. 202-203. También regulaba las causales de terminación anormal o anticipada el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH (Azpúrua Q., *op. cit.*, pp. 478-479).

mente permanente en los términos de la concesión, es decir, a una renegociación contractual, y no a una suspensión indefinida⁶⁹. Esta última, en nuestro criterio daría lugar más bien a una terminación anticipada.

Queda, no obstante, otra posibilidad, atendiendo al tenor literal del título del precepto, a saber: que siempre se trate de una modificación temporal de los términos de la concesión, independientemente de que la escasez recursos sea temporal o permanente. En tal caso, lo que se está regulando es una *potestas variandi* siempre temporal, en atención al respeto a los derechos del concesionario, por lo que la Administración Pública concedente estará obligada a que tanto la suspensión como la modificación sean temporales.

Ello implica que tanto esta última, como en general todo el sector público competente para afrontar la emergencia, deberán resolver o mitigar esta de tal forma que, a la larga, la concesión siempre regrese a su operatividad en los términos en que fue otorgada, o, al menos, en condiciones aceptables para el concesionario. Esta solución interpretativa parece más cónsona con la protección de los derechos de este último, y no implica un deber absoluto de la concedente de mantener la concesión en casos de que esto resulte imposible, sino que, en el último caso, el supuesto de hecho será el de finalización anticipada de la concesión. Supuesto que, como ya se señaló, lamentablemente no encuentra regulación expresa para el caso de la concesión de recursos hídricos, más allá de expresarse la regla general de que el ente concedente no garantiza el caudal hídrico ni en cantidad ni calidad (artículo 36, único aparte, del Reglamento de la Ley de Aguas)⁷⁰.

Para cerrar este sub-epígrafe, cabe referir el contenido del artículo 63 (intitulado reserva y uso temporal de caudales y volúmenes) de la Ley de Aguas, que establece la potestad de la Administración Pública concesionaria para <<...reservar ciertos caudales para fines específicos o para ulterior asignación o concesión a entes públicos...>>, así como <<...autorizar el uso temporal de los mismos cuando los planes de gestión integral de las aguas no establezcan su utilización inmediata>>.

Se trata de una norma usual, en el sentido de que, dado que la gestión integral del recurso es un asunto de interés general y vista la publicación de todas las aguas, la reserva de cierta cantidad de esta –con sujeción al principio de proporcionalidad– para usos específicos de los entes públicos es admisible. No obstante, destaca el impropio uso de la expresión <<concesión a entes públicos>, dado que, como ya se vio, esa figura tiene como destinatarios a entes privados. Cabe señalar entonces que parece tratarse de un *lapsus calami* del Legislador, que en este precepto pareció equiparar la asignación con la concesión⁷¹.

⁶⁹ Sobre la revisión de las concesiones del demanio hídrico puede verse entre otros: Fernández Morales, *op. cit.*, p. 192).

⁷⁰ <<Disponibilidad para el otorgamiento. El otorgamiento de la concesión, asignación o licencia, para el aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas se concederá tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. El volumen de extracción otorgado estará sujeto a condiciones especiales ante sequías y otros eventos extremos. En ningún caso, los contratos o actos administrativos señalados en este artículo garantizarán la invariabilidad de los volúmenes de extracción que allí se indiquen. En general, la Autoridad Nacional de las Aguas tomará todas las medidas que considere necesarias para la protección y el aprovechamiento sustentable del recurso>>.

⁷¹ Quizá el equívoco tiene su origen en los trabajos preparatorios de elaboración del Proyecto de Ley de Aguas presentado por COPLANARH en la década de los setenta. En el texto de una de las versiones del Proyecto se señala como potestad de la Administración Pública la de <<... reservar el aprovechamiento de los caudales que al efecto señale para fines específicos o para su ulterior asignación o concesión a entes públicos...>> (Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 470).

Referidos los principales aspectos sustantivos de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos, procede ahora referirse a los procedimentales.

12. *Procedimiento para el otorgamiento*⁷².

A. *Preliminar.*

Es común en el Derecho positivo venezolano –y es el caso de la Ley de Aguas- que las leyes remitan la regulación de los procedimientos administrativos a los reglamentos, a pesar de que se trata de una materia de reserva legal nacional en nuestra tradición constitucional, como se refleja hoy en el artículo 156.32 de la Constitución de 1999. Por tanto, somos del criterio de que las normas reglamentarias deberían desarrollar los lineamientos que cada Ley sectorial establezca y no contener las pautas íntegras en materia procedimental, dado que se trataría de una cuestionable deslegalización. Pero, en razón de que ello no siempre es así, entendemos que esas regulaciones reglamentarias serán admisibles solo en tanto que no limiten derechos constitucionales sin basamento en norma legal expresa, se encuentre ella contenida en la respectiva regulación sectorial o, en su defecto, en el régimen general, que en el caso que nos ocupa es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷³.

Hecha esta acotación, pasa a describirse brevemente cómo se regula el procedimiento para la tramitación de la solicitud de concesión del demanio hídrico.

B. *Inicio*

Obtenidas las autorizaciones reguladas en las leyes de planificación territorial y ambiental (Art. 39 del Reglamento), la solicitud para el otorgamiento de la concesión se presentará ante la Administración Pública competente (actualmente el Ministerio de Atención de las Aguas), según la trascendencia o no para el interés nacional o estatal, en la sede central de esta o en sus dependencias regionales (Arts. 40 al 42). Los recaudos formales y el contenido del Estudio de impacto ambiental y sociocultural están descritos en los artículos 43 y 44, y se refieren tanto a exigencias técnicas para la evaluación de la solicitud como a la descripción de los impactos ambientales, la formulación de las medidas para la protección y conservación de ambiente, al igual que a la valoración de los costos ambientales a los fines de la protección de la respectiva fianza de fiel cumplimiento. A ello se agrega la formulación de los planes de supervisión y seguimiento ambientales.

Adicionalmente, el artículo 45 del Reglamento reitera las exigencias ya esbozadas en la Ley de Aguas para el otorgamiento de concesiones y otros títulos habilitantes, a saber: 1) Disponibilidad del recurso en cantidad y calidad requerida para el uso a que se destine el aprovechamiento, incluyendo la garantía de que los volúmenes ya comprometidos con la misma fuente de agua no serán afectados; 2) Que no se ponga en riesgo la salud pública o el ambiente; y 3) No afectación de los derechos de terceros.

C. *Sustanciación*

A pesar de la remisión legal al Reglamento, este último no contiene mayor regulación sobre la sustanciación del procedimiento una vez interpuesta la solicitud. De allí que cabe entender que, si es admitida luego de la verificación de los requisitos formales, será tramitada entonces sobre la base de los lineamientos generales de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁷² Véase sobre los antecedentes normativos: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: <<El procedimiento administrativo de concesión por adjudicación directa de uso y aprovechamiento de recursos hídricos>>, *Revista de Derecho Núm. 10*, TSJ, Caracas, 2003, pp. 2003: 353-376.

⁷³ G.O. Núm. 2.818 extraordinario del 01/07/1981.

La única peculiaridad que en esta etapa establece, no solo el Reglamento sino también la propia Ley, es la regulación de la oposición por parte de terceros a la solicitud. Veamos esto seguidamente.

D. Oposición

La Ley de Aguas contempla expresamente la posibilidad de oponerse a la solicitud, así como establece las causales de esta, en el artículo 65, en los siguientes términos:

Artículo 65.- Toda persona que se crea con derecho o causa justificada podrá oponerse al otorgamiento de las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento de aguas y licencias de vertido. Son causales fundamentales para la oposición: 1. La existencia de mejor derecho. 2. La posibilidad de lesiones a derechos preexistentes, 3. La existencia de impedimentos técnicos, debidamente fundamentados. 4. Afectación al ambiente y generación de impactos ambientales y socioculturales irreversibles. 5. Estar en contraposición con los planes de ordenación territorial. La reglamentación de esta Ley establecerá el procedimiento a que se sujetará el trámite de las oposiciones.

Desafortunadamente, el reglamento no desarrolla este precepto, lo cual consideramos que hubiera sido conveniente al menos para las dos primeras causales, a los fines de esclarecer con precisión en qué consiste cada una y en qué se diferencian⁷⁴.

Dado que ello no es así, y a reserva de un estudio más detallado, proponemos como hipótesis interpretativa que el mejor derecho se refiere a aquel que tenga un potencial concesionario a obtener el otorgamiento, por cumplir de manera más idónea y cabal los requerimientos técnicos y ajustarse mejor en su propuesta a la planificación territorial, ambiental e hídrica⁷⁵. Mientras que la posibilidad de lesiones a derechos preexistentes se vincula con la probable afectación a los derechos de terceros respecto a usos privativos del mismo recurso en la misma zona o en zona aledaña, sean concesionarios, asignatarios o licenciarios. O bien, al riesgo de disminución del caudal en cantidad o calidad al punto de poner en riesgo los usos comunes o domésticos de los ribereños y demás usuarios. O incluso, a que la concesión pueda otorgarse de manera distinta en lo que se refiere a su ubicación, con el fin de no hacer demasiado gravosa una servidumbre u otra limitación al ejercicio de derechos de esos terceros⁷⁶.

Sin embargo, este último supuesto parece escasamente probable, dado que la mayoría de esos riesgos de producir situaciones innecesariamente dañosas deberían haberse evidenciado en los estudios técnicos presentados por el solicitante de la concesión, en caso de haber sido realizados adecuadamente.

⁷⁴ El artículo 34 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...) regulaba la oposición y contemplaba como causales: 1) Argumentos de mejor derecho, 2) Argumentos de lesiones de derechos preexistentes y, 3) Impedimentos técnicos. Pero hay que tomar en cuenta que hasta 1999 había aguas susceptibles de titularidad privada. Además, concibiéndose con más claridad el otorgamiento de concesiones de recursos hídricos como potestades sujetas a procedimientos de concurrencia competitiva, resulta más claro el sentido de las dos primeras causales. Hoy en día, los dos primeros supuestos requerirían de mayor aclaración, salvo que se refieran al régimen transitorio de la Ley de Aguas, en lo concerniente a la publicación de aguas otrora de titularidad privada. En ese mismo sentido, ya Polanco Alcántara, *op. cit.*, p.173), se refiere como límite de la concesión de aprovechamiento de aguas a algunos derechos de los ribereños conforme al Código Civil, pero esas disposiciones quedaron derogadas con la Ley de Aguas.

⁷⁵ En similar sentido, *Ibidem*, pp.176-177), señala que en la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1942 disponía que, en caso de concurrencia simultánea de varias solicitudes para el aprovechamiento de las mismas aguas, la Administración Pública concedente debía considerar cuál ofrecía mayores ventajas y beneficios para la Nación, lo cual, en su criterio, seguía siendo aplicable.

⁷⁶ El ejemplo lo refiere Azpúrua Q., *op. cit.*, p. 218, como propuesto en las discusiones del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH.

Lo que sí regula el Reglamento –aunque incipientemente- es el trámite procedimental de la oposición. De acuerdo con su artículo 49, esta puede ejercerse en cualquier fase de procedimiento, expresando claramente el opositor las razones en las que se fundamenta su solicitud y acompañada de los documentos que la justifiquen, de acuerdo con los causales establecidos en el artículo 65 de la Ley de Aguas. Admitida esta, se notifica al interesado –solicitante de la concesión- quien dispondrá de diez (10) días hábiles para responder a la oposición y presentar los documentos que estime pertinentes para respaldar sus alegatos. La interposición de la oposición no paralizará el procedimiento. Sin embargo, este no será decidido (en realidad, es la solicitud de otorgamiento la que no será decidida, decisión que culmina el procedimiento) hasta tanto se resuelva la oposición (artículo 50).

Un vacío reglamentario que deja en desventaja al texto vigente respecto al derogado (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...), es que el primero nada pauta respecto a la publicidad que debe hacerse a la solicitud de concesión, especialmente necesaria para que los interesados puedan apersonarse en el procedimiento con el fin hacer oposición. Y es que nadie puede oponerse a algo que desconoce⁷⁷.

En general, la regulación derogada, en lo atinente a la incidencia de oposición así como en otros asuntos, sin ser exhaustiva, era mucho más completa y orientaba de mejor forma la sustanciación del procedimiento administrativo⁷⁸. De hecho, el único aspecto realmente novedoso que contiene la reglamentación vigente en este punto es que su artículo 50 establece no solo que la oposición debe admitirse, sino que, realizado ello, debe notificarse “de inmediato” al solicitante de la concesión, para que dentro de los diez (10) días hábiles, a su vez, la responda y contradiga argumental y probatoriamente. Aclara también que la interposición de la oposición no tiene efectos suspensivos del procedimiento, pero que este no puede culminar hasta tanto se resuelva esta. Da la impresión, pues, curiosamente, de que, mientras en la normativa derogada se hacía énfasis en el resguardo de los derechos de terceros y en la protec-

⁷⁷ También los diversos textos del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH hacían referencia a la necesaria publicación de las solicitudes de concesión con el fin de que pudieran concurrir al procedimiento todos los potenciales afectados por ellas (Azpúrua Q. y Sosa G., *op. cit.*, s/p.).

⁷⁸ Con fines ilustrativos la transcribimos parcialmente: <<Artículo 33. Recibida la oferta por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, será evaluada y en caso de ser aprobada, se ordenará la publicación de su texto íntegro por cuenta del solicitante, dos (2) veces, con intervalo no mayor de siete (7) días, en un diario de los de mayor circulación nacional. Esta publicación se realizará a los efectos de salvaguardar los posibles derechos de terceros, mediante la apertura de un plazo para la formulación de oposición. Parágrafo Primero: En todas las publicaciones que se efectúen, se hará constar el número y fecha del oficio por medio del cual se autorizó la publicación. Parágrafo Segundo: Un ejemplar de cada publicación será presentado por el interesado, para ser agregado al expediente administrativo instruido al efecto, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha de la última publicación. Parágrafo Tercero: Transcurridos los dos (2) meses a que se refiere el parágrafo anterior sin haberse hecho la referida presentación, quedarán sin efecto todas las actuaciones practicadas. Artículo 34. A partir de la última publicación en prensa de la oferta de contrato, se abrirá un lapso de diez (10) días hábiles para la interposición de oposición, la cual será tramitada conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Son causales fundamentales de la oposición: 1. Alegatos de mejor derecho; 2. Argumentos de lesiones de derechos preexistentes; 3. Sustentos de impedimentos técnicos; Las personas con interés legítimo, personal y directo, podrán presentar oposición, mediante documentos demostrativos de sus alegatos, argumentos, sustentos o razones, debiendo acompañar todos los recaudos para determinar la procedencia de la misma. Artículo 35. Vencido el plazo para la oposición sin que se presente alguna, o si interpuesta queda firme su declaratoria sin lugar, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables procederá al otorgamiento de la concesión y, mediante Resolución, ordenará la publicación del respectivo contrato en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela>>. (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...).

ción de la legalidad al momento de tramitar el otorgamiento de la concesión (y por eso se regulaba la publicidad de la solicitud) en la vigente el enfoque es más hacia la defensa de los intereses del concesionario.

E. *Terminación*

Nada regula a este respecto el Reglamento, por lo que resulta necesaria la aplicación de la legislación general, esto es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en lo que se refiere a la culminación de procedimiento. Entendemos que es de vital importancia el requisito de la motivación en el acto administrativo que se pronuncie sobre la procedencia o no del otorgamiento de la concesión, en especial, en lo atinente a la información técnica que respalde el criterio sobre ello. Ello, se haya producido o no oposición por parte de terceros.

De hecho, habrá de tratarse de una motivación bastante pormenorizada para exteriorizar debidamente que la Administración Pública concedente verificó el cumplimiento de los parámetros en cuanto a la planificación territorial, ambiental e hídrica, por una parte, y por la otra, los múltiples requisitos en lo atinente a la protección en cantidad y calidad del recurso hídrico en el caso concreto, así como de los usos comunes o privativos de terceros pautados por la normativa y previamente referidos en estas páginas.

CONSIDERACIONES FINALES

De forma semejante a lo que sucede en varios países iberoamericanos, en Venezuela no existe una regulación general que pueda considerarse mínimamente idónea en lo que se refiere al establecimiento de las pautas que informan a la concesión de bienes del dominio público como categoría jurídica del Derecho Administrativo. De hecho, el reciente intento de disciplinar el tema de los bienes públicos mediante Ley resultó poco afortunado, por no decir infructuoso, en opinión de la doctrina especializada.

Menos aún se ha construido una teoría general de la concesión, ni de la concesión de bienes demaniales, en el Derecho Administrativo venezolano. Sí existen, en cambio, trabajos en diversos ámbitos sectoriales, especialmente en el caso de las concesiones mineras y de exploración y explotación de hidrocarburos, lo que obedeció a la propia dinámica económica y financiera de evolución y funcionamiento del Estado venezolano.

En efecto, en una sociedad rentista dependiente del Estado desde hace casi un siglo, el Derecho Administrativo en materia minera y, aún más, de hidrocarburos, tuvo marcada importancia como marco regulador del creciente protagonismo de esas actividades en tanto se convirtieron en la principal fuente de ingresos económicos del país.

Así pues, el estudio de las concesiones demaniales inició básicamente con el desarrollo de la legislación minera y de hidrocarburos, produciendo valiosos aportes doctrinarios en estos sectores, pero no un marco normativo o conceptual general.

En materia de recursos hídricos, la dualidad de regímenes aguas públicas-aguas privadas, persistente desde el último tercio del siglo XIX y que se extendió durante todo el siglo XX, generó un régimen igualmente sectorial, mediante las leyes que se ocuparon de ir normando los aspectos administrativos no regulados en el Código Civil. Por consiguiente, el tema de las concesiones de uso y aprovechamiento de aguas encontraba como primer obstáculo el que su empleo se debía limitar a las hipótesis de grandes aprovechamientos de aguas del dominio público. Tal supuesto encontró poca regulación en las disposiciones de rango legal, y más escasa aplicación aún. Ejemplo de ello es que no fue sino hasta la última década del siglo XX cuando se produjo un instrumento normativo sub-legal con vocación de integridad y sistematicidad sobre el tema de los recursos hídricos y de su aprovechamiento, en desarrollo de las leyes de décadas previas.

A partir de la publicación de todos los recursos hídricos en la Constitución de 1999, el tema de las concesiones de aprovechamiento de aguas debió haber adquirido mayor importancia. Ello, habida cuenta de que se trata de la técnica iuspublicista usual para la instrumentación y control de los grandes aprovechamientos de las aguas, ahora como bienes del dominio público en todas sus manifestaciones. No fue así, lo que se refleja en que hubo que esperar 7 años para que entrara en vigencia el instrumento de rango legal que desarrollara el mandato constitucional, y 11 más para que este último, a su vez, fuera objeto de desarrollo reglamentario.

En cuanto al marco general de las concesiones demaniales de recursos hídricos, puede señalarse que este responde a los caracteres clásicos de tal categoría en la legislación venezolana, en cuanto a que resultan los títulos habilitantes para el uso y explotación de cierta magnitud de una serie de bienes del dominio público (los llamados usos privativos). Título que, mediante la técnica de la contratación pública, otorga un derecho real administrativo de forma temporal y bajo una serie de condiciones técnicas detalladas que determinan y condicionan el ejercicio de las potestades administrativas tanto en su otorgamiento como en sus atribuciones de supervisión y seguimiento. Así pues, la presencia de la discutiblemente llamada <<discrecionalidad técnica>> es índice de la muy limitada verdadera discrecionalidad administrativa en toda la materia.

En lo que respecta a los pormenores de las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos, tanto la Ley como el Reglamento respectivos regulan de forma insuficiente, y a veces incluso deficiente, aspectos de especial importancia, contrastando esos vacíos con las soluciones previamente establecidas por el régimen preconstitucional, e incluso por el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH. Ejemplo de ellos, la naturaleza y determinación de contraprestación o canon por el aprovechamiento concedido o los supuestos de terminación anticipada de la relación concesoria-contractual en el ámbito sustantivo. Y, en el procedimental, la tramitación de la oposición al otorgamiento de la concesión en el respectivo procedimiento administrativo. Se plantea, así pues, de *lege ferenda* y cuando la ocasión sea más propicia, la revisión del régimen legal y reglamentario de la concesión tratada en estas páginas.

DOÑA BÁRBARA: EL AUTORITARISMO, EL FANTASMA QUE SIEMPRE NOS ACECHA

Julie T. González de Kance*
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela

*“La crueldad tiene corazón humano y rostro humano los celos,
el terror la divina forma humana y atuendo humano el secreto”*

William Blake

Resumen: *El artículo plantea la importancia de interdisciplinar el estudio del derecho para una mejor comprensión del mismo y particularmente para aumentar la capacidad crítica y creativa de los estudiantes de derecho; para ello, el análisis de expresiones artísticas tales como obras cinematográficas y literarias han demostrado ser herramientas pedagógicas muy acertadas. En este caso vamos a utilizar la obra literaria venezolana “Doña Bárbara” de Rómulo Gallegos, para dar un paseo por nuestra historia, por nuestras raíces autoritarias, deteniéndonos en la Venezuela rural de principios del siglo XX, para ver el orden político y social existente en conexión con el ordenamiento jurídico vigente en ese momento histórico, dejando en evidencia “la barbarie telúrica” que vivía nuestro país en ese momento cuyos signos distintivos eran el autoritarismo, la violencia, la ausencia de libertad y el desconocimiento al Estado de Derecho. Como podemos observar, lamentablemente, a pesar del paso del tiempo, esos rasgos viciosos siguen siendo los signos distintivos de nuestro tiempo.*

Palabras Clave: *Derecho, Literatura, Libertad, Estado de derecho.*

Abstract: *This article raises the importance of an interdisciplinary study of the law in order to achieve a better understanding of it and particularly to increase the critical and creative capacity of law students. The analysis of artistic expressions such as cinematographic and literary works, have proven to be very successful pedagogical tools. In this case we are going to use the Venezuelan literary work “Doña Bárbara” by Rómulo Gallegos, to take a walk through our history, through our authoritarian roots, stopping at a rural Venezuela at the beginning of the 20th century, to see the existing political and social order in connection with the legal system in force at that historical moment, revealing “the barbarism telluric” that our country lived at that time whose distinctive signs were authoritarianism, violence, the absence of freedom and the ignorance of the rule of law. Unfortunately, as we can see today, despite the passage of time, those vicious traits remain the hallmarks of our time.*

Key words: *Law, Literature, Freedom, Rule of Law.*

* Abogado Magna Cum Laude USM, Especialista en Derecho Administrativo UCV; Doctora en Ciencias mención Derecho UCV. Profesora en la UCV de Derecho Administrativo II y del Seminario de Estado, Seguridad Nacional y Derechos Humanos: una mirada a través del cine. Asesor jurídico VRAC-UCV. Gerente de Información, Conocimiento y Talento VRAC-UCV. juliekancev@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué los abogados deberíamos interpretar obras literarias y cinematográficas? ¿Por qué deberíamos los profesores utilizar las obras literarias y cinematográficas para procurar en nuestros estudiantes una mejor comprensión del derecho? La respuesta es muy sencilla, porque han demostrado ser una herramienta complementaria, muy acertada y valiosa pues facilitan el proceso de alejamiento de la literalidad, del formalismo y de la rigidez que va unida a los estudios de derecho, permitiendo al mismo tiempo un aumento en la creatividad y en la capacidad crítica de los estudiantes, lo que les va a permitir hacer, en su momento, adecuadas interpretaciones jurídicas.

Consideramos que esto es fundamental, pues la interpretación jurídica es, en palabras de Hans Kelsen (*Teoría Pura del Derecho*, 1991, pp. 349), un procedimiento espiritual que acompaña el proceso de aplicación del derecho, a lo que agregamos que es un acto de creación que por su naturaleza, se opone a la literalidad y a la rigurosidad, siendo en consecuencia una actividad creadora que ordena y que clarifica.

Para Vittorio Frosini (*Teoría de la Interpretación Jurídica* de Vittorio Frosini, Editorial Temis. pp. 12-13)¹, la interpretación jurídica es un procedimiento dialéctico, que se origina, se inicia, se desarrolla y termina entre tensiones y contradicciones que requieren una elección; es una actividad demiúrgica, porque el intérprete actúa como un demiurgo, es decir, como ese Dios que según Platón transformó la materia preexistente del caos convirtiéndola en un cosmos ordenado de conformidad con las ideas, como vemos, nada más alejado de la literalidad y de la rigurosidad.

Ronald Dworkin (*Como el Derecho se Parece a la Literatura*, 1997. pp. 148-150) por su parte, sabiamente afirma que a los abogados nos viene muy bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas, entre otras cosas, porque se han defendido muchas más teorías de la interpretación en la literatura que en derecho, incluyendo temas que ponen en entredicho la distinción simple entre la descripción y la evaluación que tanto ha debilitado la teoría del derecho.

Asimismo dice Dworkin que para que los abogados podamos sacar provecho de una comparación entre la interpretación jurídica y la interpretación literaria, debemos ver esta última desde cierta perspectiva, y a esta perspectiva él la llama “hipótesis estética” según la cual la interpretación de un texto literario busca mostrar que la lectura es capaz de revelarnos el texto como una verdadera obra de arte, es decir, mostrar la obra como la mejor obra de arte que puede ser, así como interpretar una ley implica mostrarla como la mejor ley que la misma puede ser.

Estamos convencidos que, la literatura definitivamente puede aumentar nuestra creatividad y capacidad crítica, sacándonos de la rigidez de nuestro pensamiento jurídico, reconciliándonos con el entorno, y permitiéndonos una visión amplia y multidisciplinaria de todo lo que nos rodea; de modo que, atendiendo estas ideas, presentamos este ensayo que no pretende ser exclusivamente jurídico sino más bien interdisciplinario, medianamente holístico, sobre “Doña Bárbara”, obra literaria venezolana que retrata a la perfección un momento histórico que vivió Venezuela y que aún ahora, a pesar del paso del tiempo, tristemente está muy vigente.

¹ *Teoría de la Interpretación Jurídica* de Vittorio Frosini. Segunda edición. Editorial Temis.

II. LA HISTORIA

*“De más allá del Cunaviche, de más allá del Cinaruco, de más allá del Meta! De más lejos que más nunca...de allá vino la trágica guaricha. Fruto engendrado por la violencia del blanco aventurero en la sombría sensualidad de la india, su origen se perdía en el dramático misterio de las tierras vírgenes...en las profundidades de sus tenebrosas memorias, a los primeros destellos de conciencia, véase en una piragua que surcaba los grandes ríos de la selva orinoqueña. Eran seis hombres a bordo, y al capitán lo llamaba “taita”; pero todos –excepto el viejo piloto Eustaquio- la brutalizaban con idénticas caricias: rudas manotadas, besos que sabían a aguardiente y a chimó”.*²

El autor de esta maravillosa obra es Don Rómulo Gallegos, quien nació el 02-08-1884 y murió el 05-04-1969, considerado como el novelista venezolano más relevante del siglo XX y uno de los más grandes escritores latinoamericanos de todos los tiempos. Doña Bárbara se convirtió en un clásico de la literatura hispanoamericana y en una obra maestra de lectura obligatoria.

Rómulo Gallegos tenía vocación jurídica, de hecho, estudió Derecho en la Universidad de Caracas, pero tuvo que retirarse por problemas económicos; se dice que, en la Semana Santa de 1927, viajó al estado Apure para recabar información para una novela que estaba escribiendo llamada “la Casa de los Cedeño”, no terminó de escribir esa novela y en su lugar escribió otra titulada “La Coronela”, que no publicó pero que dio paso a Doña Bárbara que sale a la luz en 1929.

Juan Liscano en su obra Rómulo Gallegos y su tiempo, nos dice que Doña Francisca Vásquez fue la inspiración para el personaje de Doña Bárbara, una mujer que era todo un hombre para jinetear caballos y enlazar cimarrones, codiciosa, supersticiosa, sin grimas para quitarse de por delante a quien le estorbase; y que ésta no era tan perversa ni tan hermosa, sino más bien una mujer obligada por la vida a bregar sola en un hato llanero, amancebada según su buen querer y entender, como corresponde a una vida libre y áspera, en la que tiene la entera responsabilidad de la propia, pues los prejuicios sexuales son característicos de sociedades donde la vida no es propia, sino de otros y de la costumbre. Así la novela se organizó en la mente de Gallegos sustentada en la conjunción del paisaje llanero y la personalidad de Francisca Vásquez.³

Ahora bien, para poder comprender el significado y el contenido de Doña Bárbara, tenemos necesariamente que relacionar los temas planteados en ella con la situación histórica del momento en que se desarrolla y su relación con el ordenamiento jurídico vigente para ese entonces. Efectivamente Rómulo Gallegos, cuestiona duramente el orden social y político existente en la época, desde su visión como demócrata civilista, visión política que se ve claramente plasmada en la obra.

La historia se desarrolla durante trece años, entre 1898 y 1911, período de tiempo que transcurre desde que ocurre la tragedia familiar de los Luzardo con la muerte del hermano y del padre de Santos y que trajo como consecuencia su ida para Caracas; hasta su regreso a su Hato Altamira, situado en el Cajón del Arauca.⁴

Santos Luzardo se va del Arauca cuando tenía catorce años y regresa de veintisiete, eran tiempos de paludismo, de caudillismo, de cacicazgos, de ignorancia, de oscuridad y de vio-

² Doña Bárbara: La Devoradora de Hombres. p. 39.

³ Rómulo Gallegos y su Tiempo de Juan Liscano. p. 103.

⁴ Un Cajón es una porción de tierra entre dos ríos, en este caso el Cajón del Arauca está situado entre el Río Arauca y el Río Capanaparo.

lencia, durante ese período en nuestro país se promulgaron cuatro Constituciones, las de 1893, 1901, 1904 y 1909. Para el momento del regreso de Santos Luzardo está vigente el texto constitucional de 1909 y la Ley del Llano de 1910.

III. LA CIVILIZACIÓN FRENTE A LA BARBARIE

*“A bordo van dos pasajeros. Bajo la toldilla, un joven a quien la contextura vigorosa, sin ser atlética, y las facciones enérgicas y expresivas prestante gallardía casi altanera. Su aspecto y su indumentaria denuncian al hombre de la ciudad, cuidadoso del buen parecer. Como si en su espíritu combatieran dos sentimientos contrarios acerca de las cosas que lo rodean, a ratos la reposada altivez de su rostro se anima con una expresión de entusiasmo y le brilla la mirada vivaz en la contemplación del paisaje; pero, en seguida, frunce el entrecejo, y la boca se le contrae en un gesto de desaliento. Su compañero de viaje es uno de esos hombres inquietantes, de facciones asiáticas, que hacen pensar en alguna semilla tártara caída en América quién sabe cuándo ni cómo. Un tipo de razas inferiores, crueles y sombrías, completamente diferente del de los pobladores de la llanura. Va tendido fuera de la toldilla, sobre su cobija, y finge dormir; pero ni el patrón ni los palanqueros lo pierden de vista”.*⁵

Así comienza esta historia, con un bongo que remonta el Río Arauca bordeando las barrancas de la margen derecha, con dos pasajeros a bordo, Santos Luzardo que regresa a su Hato Altamira y “El Brujeador” Melquiades Gamarra, espaldero de Doña Bárbara, la cacica del Arauca, la dañera, la devoradora de hombres, la dueña del Hato el Miedo.

Santos Luzardo de 27 años, abogado, respetuoso de la ley, amante del progreso y la civilización, va de regreso al Arauca porque, en principio quería vender la propiedad para irse a Europa, ya que Caracas le estaba quedando pequeña, pero cuando llega a San Fernando de Apure y se entera que su vecina Doña Bárbara, lo había despojado por medio de fraude y violencia tanto de tierras como de reses, la rabia y la impotencia que siente le rebelan el espíritu indómito de llanero, el espíritu de hijo de caciques del llano, y lo impulsa a quedarse en el Arauca para detener tanto abuso, tanta arbitrariedad y tanta injusticia.

Para Santos Luzardo, la cerca era un elemento fundamental de transformación, era una de las formas, de hacer triunfar la civilización, de civilizar la llanura, de civilizar la barbarie; era la forma de luchar contra la anomia entendida como un fenómeno sociológico que corresponde a situaciones caracterizadas por la ruptura frecuente de las normas sociales, en especial de las leyes, lo que trae como consecuencia la proliferación de conductas delictivas. El ambiente descrito en esta obra es absolutamente anómico.

La cerca entonces, “*sería el derecho contra la acción todopoderosa de la fuerza, la necesaria limitación del hombre ante los principios*”.⁶ La cerca representa el Estado de derecho, donde el poder del Estado está limitado por el derecho y donde las relaciones entre los ciudadanos y el Estado están regidas por el derecho. El Estado de derecho es la cerca, es el muro infranqueable contra los abusos y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

Santos Luzardo era definitivamente un hombre al que no lo asustaban los *espantos de la sabana*,⁷ es decir, que no lo amilanaba la barbarie desatada en esos tiempos en los llanos venezolanos en los momentos en que Venezuela vivía bajo la férrea dictadura de Juan Vicente Gómez, que como ya sabemos gobernó al país durante 27 años. Esta obra denuncia la

⁵ Doña Bárbara: ¿Con quién vamos? pp. 15-16.

⁶ Doña Bárbara: Algún Día Será Verdad. p. 148.

⁷ Doña Bárbara: ¿Con quién Vamos? p. 22.

situación social, política, económica, jurídica, moral y religiosa de los llanos apureños, y la lucha que nos ha acompañado desde nuestros inicios como República: la civilización frente a la barbarie.

Y nos ha acompañado desde siempre, desde nuestros tiempos como Capitanía General, porque no tenemos, sino que ver hacia atrás, para darnos cuenta, por ejemplo, de las decepciones, sinsabores y enormes dificultades que se enfrentaron en el proceso de gestación de la República, que originaron profundas reflexiones sobre las condiciones ciudadanas requeridas para la concreción de la República y, más importante para su posterior perdurabilidad.

Para nuestro Libertador Simón Bolívar estas condiciones eran la “frugalidad”, esto es, el ser respetuoso de los usos y costumbres propias de un ciudadano; y el “patriotismo”, es decir, el amor a la patria; ambas condiciones necesarias para convertir a los hombres en ciudadanos, es decir en seres virtuosos, para concretar la República.⁸

El orden republicano del Libertador consistía básicamente en una República con unos ciudadanos virtuosos consagrados a ella y a las leyes a las que estarían sometidos. Pero tan ardua y tan dura fue esta tarea que, entristecido, llega a plantearse la imposibilidad de crear la República a causa, precisamente, de la ausencia de virtud en los futuros ciudadanos, porque para él los individuos de estas tierras estaban irremediablemente sumidos en el triple yugo de la ignorancia, de la tiranía y el vicio, sin haber podido adquirir, ni saber, ni poder, ni virtud,⁹ es decir, estaban sumidos en la barbarie.

De modo que ante la ausencia de “frugalidad”, la virtud que nuestro Libertador busca instalar en los individuos es la del “amor a la patria” o patriotismo, que luego denominó como el “fuego sagrado de la libertad”, esperando que les hiciera amar la República y consagrarse a ella. Es así como exalta la moral republicana de los individuos que participan en la guerra de independencia, porque ellos demostraron su condición republicana, no sólo por estar dispuestos a dar la vida por la República sino por el heroísmo que ello implicaba.¹⁰

Creemos que esa es la razón por la que, hemos tenido a lo largo de toda nuestra historia republicana una patria que exalta a los guerreros y una especie de relación disfuncional de amor y odio hacia los uniformados que portan las armas de la República; y la razón por la que además, como sociedad, no hemos terminado de comprender que ni la guerra ni la independencia eran un fin en sí mismas, sino que el fin último era la construcción de una República, y que tanto la guerra como la independencia fueron el medio para lograr la República Liberal y vencer la barbarie, basada en cinco valores republicanos: libertad, igualdad, la propiedad, seguridad y justicia.¹¹

Pero el problema era básicamente la coexistencia de una República de ideales liberales con una sociedad atrasada que creía firmemente que los hombres de armas representaban la solución a los problemas. Así las cosas, Doña Bárbara nos enfrenta con esa barbarie, con esa falta de valores republicanos representada por:

La ruina del llano: Las guerras, revoluciones, alzamientos y levantamientos ocurridos a lo largo de todo el Siglo XIX en Venezuela, entre otros factores, arruinaron el llano; veamos brevemente: entre 1810 y 1825 la Guerra de Independencia; del 7 de junio de 1835 al 1 de marzo de 1836 la Revolución de las Reformas; del 1 de septiembre de 1846 al 25 de mayo de

⁸ Liberalismo y Republicanismo en Bolívar (1819-1830) de Carolina Guerrero. Capítulo 1: La condición ciudadana en la construcción de la República.

⁹ Discurso de Angostura 1819.

¹⁰ La Herencia de la Tribu, de Ana Teresa Torres: 2011. p. 16.

¹¹ Constitución de 1811.

1847 la Insurrección Campesina; del 1 al 15 de marzo de 1858 la Revolución de Marzo; del 20 de febrero de 1859 al 22 de mayo de 1863 la Guerra Federal; seguidamente de 1867 a 1868 la Revolución Azul; luego del 14 de febrero al 27 de abril de 1870 la Revolución de Abril; de octubre de 1874 a febrero de 1875 la Revolución de Coro; del 29 de diciembre de 1878 al 13 de febrero de 1879 la Revolución Reivindicadora; del 11 de marzo al 6 de octubre de 1892 la Revolución Legalista; en 1898 el Alzamiento del Mocho Hernández con la Revolución de Queipa; posteriormente del 23 de mayo al 23 de octubre de 1899 la Revolución Restauradora encabezada por Cipriano Castro quien toma el poder de 1899 a 1908; y finalmente de 1908 a 1935 la Dictadura de Gómez, que es la época histórica en que se desarrolla la novela.

La falta de libertad: a causa de la dictadura de Juan Vicente Gómez, que duró 27 años y comprendió tres etapas definidas por el tratamiento que dio a los problemas políticos que hubo de confrontar, y particularmente el período comprendido entre 1908 y 1913, que es la época en que se desarrolla esta historia, ha sido denominado como el período de su consolidación en poder, pues durante ese tiempo se enfrentó a las aspiraciones de retorno del derrocado presidente Cipriano Castro, así como a los políticos liberales amarillos y nacionalistas que integraban el Consejo de Gobierno y que eran adversarios a su reelección en los comicios de 1914.¹²

La crueldad es la nota más siniestra de las tiranías, el autócrata afirma sin pudor que la República entera le pertenece, y considera que son suyos los bienes, la vida, la libertad y el honor de la población (sus súbditos), por lo que no resulta extraño que los ciudadanos injustamente encarcelados piensen que su libertad es “merced” del tirano.¹³

Lo cierto es que Juan Vicente Gómez, tirano al fin, impuso una dura represión a una población rural empobrecida y atrasada, de modo que no había cabida para la existencia de ese ámbito de conciencia individual, esa esfera libre de la coacción del poder del Estado, que se llama libertad; y no existía porque sencillamente tampoco existía Estado de derecho para garantizarla.

El Latifundio: definido como grandes extensiones de tierra en manos de un solo propietario. Tras la independencia las tierras pasan de manos españolas a manos criollas, este cambio de titularidad no modificó la estructura latifundista de las mismas, de modo que aquí se cumplía la máxima que la propiedad era el origen de la desigualdad. Así las cosas, ir a la guerra era la forma más fácil de acceder a la tierra y de ascender socialmente, porque los que iban a la guerra recibían como pago por sus servicios extensiones de tierra, esto es lo que se conoce como haberes militares.

Por supuesto, se accedía a grandes extensiones de tierra mediante compra, pero también se accedía por despojo y apropiación, sobre todo por la ausencia de cercas, además de la ambigüedad y oscuridad en los límites, la falta de precisión en los mismos originaba trágicos enfrentamientos entre vecinos. La aproximación más clara de la idea del latifundio la tenemos en este pasaje: “Artera fue la táctica empleada por doña Bárbara cuando recibió aquella carta donde Luzardo le participaba su determinación de cercar Altamira. Nada podía agradarle menos que esta noticia de un límite, a quien, cuando se le ponderaba su ambición de dominio, solía replicar socarronamente: –Pero si yo no soy tan ambiciosa como me pintan... Yo me conformo con un pedacito de tierra nada más: el necesario para estar siempre en el centro de mis posesiones dondequiera que me encuentre”.¹⁴

¹² *Diccionario de Historia de Venezuela* de la Fundación Polar, Tomo II, 1997. p. 519.

¹³ *Historia Fundamental de Venezuela* de José Luis Salcedo Bastardo, 2006. pp. 422-423.

¹⁴ Doña Bárbara. Un Acontecimiento Insólito. p. 167

La clase latifundista formada en la Venezuela colonial, modificada por la guerra de independencia y posteriormente por la aparición del petróleo, constituyó un grupo social históricamente estable y, en esa época según algunos historiadores, contaba con una estructura fundamentada en la propiedad de la riqueza territorial agraria en condiciones de atraso y de escasa inversión de capital, y en la explotación de la masa rural sometida a relaciones de trabajo y producción equivalente a formas de servidumbre y modalidades de tributo feudal.¹⁵

El caudillismo: El caudillo es alguien que, apoyándose en su propia organización, se eleva a posiciones de poder, y desde ellas aspira al gobierno, la riqueza y la legitimación.¹⁶

La violencia es su campo de cultivo, emerge de la fractura del orden tradicional y está ligado a la emergencia y a la crisis. Se hace particularmente visible en el siglo XIX, cuando a consecuencia de tantas guerras, revoluciones, alzamientos y levantamientos, desaparece el dique de contención que era el ejercicio legítimo del poder y los atributos de la paz pasan a un plano inferior, pues la sociedad aprecia más la bravura, la intrepidez y el arrojo que la civilidad y el talento. No podemos olvidar que en medio de tanta violencia se había perdido una gran parte de la población incluyendo a los líderes, por lo que existía un vacío de liderazgo, de modo que, el nuevo líder era el caudillo y sus principales atributos eran ser autoritario, elemental y arbitrario,¹⁷ y esos eran los signos distintivos de esos tiempos.

El caciquismo y la violencia: representado por el absoluto desprecio hacia la Ley, particularmente hacia la Ley del Llano,¹⁸ al extremo de llamarla la Ley de Doña Bárbara porque, en la historia, ella pagó para que la hicieran a su medida. Encontramos que los Luzardo fueron los primeros Caciques del Arauca que luego fueron sustituidos por Doña Bárbara. El caciquismo está dramáticamente plasmado en lo siguiente “—¿Acusación? ¿Y quién ha dicho que se necesita acudir a las autoridades? ¿No eres un Luzardo? Haz lo que siempre hicieron todos los Luzardos: mata a tu enemigo. La ley de esta tierra es la bravura armada; hazte respetar con ella. Mata a esa mujer que te ha jurado la guerra. ¿Qué esperas para matarla?”.¹⁹ Se acababa con un cacicazgo y aparecía otro, un tipo de violencia sustituía a otra.

La ignorancia, el atraso y la irracionalidad: que se hace patente en la religiosidad mezclada con supersticiones, premoniciones y brujerías. Lo vemos en la historia de la maldición del palmar de la chusmita que era el alma en pena de la india hija del cacique de la comunidad yarura que allí habitaba hasta que Don Evaristo Luzardo, El Cunavichero, les arrebató sus tierras a sangre y fuego, lo que motivó que el cacique yaruro maldijera el palmar y a los descendientes de ese Luzardo; lo vemos también en el rito barbárico del entierro del familiar, que era un toro o caballo que enterraban vivo cuando se fundaba un hatu para que su espíritu velase por la tierra y por los dueños.

Lo vemos, además, en el Socio de Doña Bárbara que en realidad era el Nazareno de Achaguas, pero que para ella era una especie de demonio familiar que la protegía, aconsejaba y la prevenía de peligros: “En cuanto a la conseja de sus poderes de hechicería, no todo era tampoco invención de la fantasía llanera. Ella se creía realmente asistida de potencias sobrenaturales y a menudo hablaba de un «Socio» que la había librado de la muerte, una noche, encendiéndole la vela para que se despertara a tiempo que penetraba en su habita-

¹⁵ *Historia Económica y Social de Venezuela* de Federico Brito Figueroa, Tomo II, 2015. pp. 564-565.

¹⁶ La Herencia de la Tribu. Del mito de la Independencia a la Revolución Bolivariana, 2011. p. 46.

¹⁷ *Historia Fundamental de Venezuela*, de José Luis Salcedo Bastardo, 2006. pp. 327-328.

¹⁸ Ley de Llano del Estado Apure, de fecha 19-03-1910.

¹⁹ Doña Bárbara: Candelas y Retoños. Palabras de Lorenzo Barquero a su primo Santos Luzardo. p. 241

*ción un peón pagado para asesinarla, y que desde entonces se le aparecía a aconsejarle lo que debiera hacer en las situaciones difíciles o a revelarle los acontecimientos lejanos o futuros que le interesara conocer. Según ella, era el propio milagroso Nazareno de Achaguas; pero lo llamaba simplemente y con la mayor naturalidad: «El Socio», y de aquí se originó la leyenda de su pacto con el diablo. Mas, Dios o demonio tutelar, era lo mismo para ella, ya que en su espíritu, hechicería y creencias religiosas, conjuros y oraciones, todo estaba revuelto y confundido en una sola masa de superstición, así como sobre su pecho estaban en perfecta armonía escapularios y amuletos de los brujos indios, y sobre la repisa del cuarto de los misteriosos conciliábulo con «el Socio», estampas piadosas, cruces de palma bendita, colmillos de caimán, piedras de curvinata y de centella, y fétiches que se trajo de las rancharías indígenas consumían el aceite de una común lamparilla votiva”.*²⁰

Queda plasmado particularmente cuando Doña Bárbara en el cuarto de los conjuros, donde tenía mezclados arbitrariamente imágenes religiosas y amuletos de brujería, se intenta amarrar a la cintura el cordel con las medidas de Santos Luzardo para que éste fuera a ella con sus pasos contados: *“En la habitación de los conjuros, ante la repisa de las imágenes piadosas y de los groseros amuletos, donde ardía una vela acabada de encender, doña Bárbara, de pie y mirando el guaral que medía la estatura de Luzardo; musitaba la oración del ensalmamiento: –Con dos te miro, con tres te ato: con el Padre, con el Hijo y con el Espíritu Santo» ¡Hombre! Que yo te vea más humilde ante mí que Cristo ante Pilatos. Y deshaciendo el ovillo, se disponía a ceñirse el cordel a la cintura, cuando de pronto se lo arrebataron de las manos. Se volvió bruscamente y se quedó paralizada por la sorpresa. Era la primera vez que se encontraban frente a frente madre e hija desde que Lorenzo Barquero fue obligado a abandonar aquella casa. Ya sabía doña Bárbara que Marisela era otra persona desde que estaba en Altamira, pero a la sorpresa de la aparición intempestiva se añadió la que le produjo la hermosura de la hija, y esto no le permitió precipitarse sobre ella a recuperar el cordel. Ya iba a hacerlo, pasado el momentáneo desconcierto, cuando Marisela volvió a detenerla, exclamando: –¡Bruja! Tal como dos masas que chocan, saltan en el enconronazo y caen luego desmoronadas, confundiendo sus fragmentos, así sucedió en el corazón de doña Bárbara cuando en los labios de la hija estalló el epíteto infame, que nadie fuera osado a pronunciar en su presencia. El hábito del mal y el ansia del bien, lo que ella era y lo que anhelaba ser para que pudiese amarla Santos Luzardo, chocaron, se encresparon y se confundieron, deshechos, en una masa informe de sentimientos elementales. Entretanto, Marisela se había precipitado a la repisa y echado al suelo de una sola manotada toda la horrible mezcla que allí campaba: imágenes piadosas, fétiches y amuletos de los indios, la lamparilla que ardía ante la estampa del Gran Poder de Dios y la vela de la alumbradora, mientras con una voz ronca, de indignación y de llanto contenido, rugía: –¡Bruja! ¡Bruja! Enfurecida, rugiente, doña Bárbara se le arrojó encima, le sujetó los brazos y trató de arrebatarle la cuerda. La muchacha se defendió, debatiéndose bajo la presión de aquellas manos hombrunas que ya le desgarraban la blusa, desnudándole el pecho virginal, para apoderarse de la cuerda que había ocultado en el regazo, cuando una voz reposada y enérgica ordenó: –¡Déjela! Era Santos Luzardo, que acababa de aparecer en el umbral de la puerta. Obedeció doña Bárbara y con un sobrehumano esfuerzo de disimulación trató de transformar en afable su faz siniestra; pero en vez de una sonrisa apareció en su rostro una mueca fea y triste de propósito fallido”.*²¹ No olvidemos que ella se creía verdaderamente asistida por poderes sobrenaturales, de modo que podemos ver claramente la mezcla entre religión y primitivismo.

²⁰ Doña Bárbara: La Devoradora de Hombres. pp. 52-53.

²¹ Doña Bárbara: La Dañera y su Sombra. p. 288.

Asimismo, en esta obra, Rómulo Gallegos denuncia las violaciones flagrantes al ordenamiento jurídico vigente para ese entonces propias del régimen dictatorial y la consecuente ausencia de libertades que se vivía en la época y que en el ámbito administrativo pueden ser resumidas de la siguiente manera:

Abuso de poder, vías de hecho, mala administración, corrupción, despotismo y tráfico de influencias: Todas estas violaciones encarnadas en esta historia en el Cnel. Pernaleta que es el jefe civil y en el Bachiller Mujica (Mujiquita) que es el secretario. El Código Orgánico del Régimen Político del Estado Apure de 1910, vigente para ese momento, establecía en su artículo 6 que en cada Distrito existía un jefe civil de libre elección y remoción del presidente del Estado (que en la novela era amigo de Doña Bárbara ya que le había salvado a un hijo con unos bebedizos); establecía además que para ser jefe civil se requería ser venezolano y mayor de 21 años, saber leer y escribir y estar en goce de sus derechos civiles y políticos.

Sin embargo, el jefe civil de esta historia: *“Se parecía a casi todos los de su oficio, como un toro a otro del mismo pelo, pues no poseía ni más ni menos de lo que se necesita para ser jefe civil de pueblos como aquél: una ignorancia absoluta, un temperamento despótico y un grado adquirido en correrías militares. De coronel era el que había ganado en las de su juventud; pero aunque sus amigos y servidores tendían a darle a veces el de general, el resto de la población del Distrito prefería llamarlo: Ño Pernaleta”*.²²

Asimismo, el jefe civil tenía para su despacho un secretario al que podía elegir y destituir libremente, que en nuestra historia es el bachiller Mujiquita, que pierde su trabajo por ayudar a Santos Luzardo contra Doña Bárbara y Mister Danger, pero que luego recobra los favores del Cnel. Pernaleta, y es nombrado Juez de Distrito, un juzgado al que nadie tenía costumbre de asistir.

Así las cosas, el jefe civil concebía la justicia como sólo la puede entender un bárbaro: *“lo que yo he visto siempre es que donde se meten un juez y un abogado, si uno los deja de su cuenta, lo que estaba claro se pone turbio, y lo que iba a durar un día, no se acaba en un año. Por eso yo, cuando se presenta por aquí un litigio, me informo por la calle quien es el que tiene la razón y me vengo aquí y le digo al señor: Bachiller Mujica, quien tiene la razón es fulano. Sentencie ahora mismo en favor suyo...y al decir así descargó todo el peso de su dictatorial machete sobre el escritorio del juez, de donde lo había tomado previamente, para reproducir con todos sus detalles la escena que refería... Como bien dijo Santos Luzardo: también es verdad que no existirían ño Pernaletes si no existieran...iba a decir: Mujiqitas; pero comprendió que aquel infeliz era también una víctima de la barbarie devoradora de hombres”*.²³

Esto no es otra cosa que conductas propias del régimen dictatorial existente, pues si es cierto que la intolerancia habita en el corazón de todos los ciudadanos por muy demócratas que se declaren, imaginemos entonces qué es lo habita en el corazón de los tiranos, sobre todo cuando la ley está del lado del poder y no del lado de la libertad, por lo que consecuentemente la Administración está al servicio del poder y no de los ciudadanos transformándose en un obstáculo para su libertad, lo que es propio de un régimen administrativo autoritario basado en su poder coactivo.

Lo cierto es que el abuso de poder, las vías de hecho, la mala administración, la corrupción, el despotismo y el tráfico de influencias, antes y ahora, representan una violación flagrante a los derechos humanos y están directamente relacionadas con el ejercicio autoritario del poder y por supuesto tienen un impacto devastador sobre las instituciones jurídicas, socia-

²² Doña Bárbara: Un Acontecimiento Insólito. p. 175.

²³ Doña Bárbara: Ño Pernaleta y otras Calamidades. p. 318

les, políticas y económicas del país al exacerbar la desigualdad y la pobreza, pues desplazan el interés general de la población por el interés personal de los que ejercen el poder y de sus allegados.

Por su parte en el ámbito penal también encontramos una gran variedad de delitos cometidos durante todo el desarrollo de la novela, a saber:

Contrabando: disimulado de comercio lícito cuando en la piragua del taita de Barbarita se transportaba mercancía con sus respectivos permisos, tales como aguardiente, telas y comestibles de Ciudad Bolívar hasta Río Negro, y de regreso venía cargada de Sarrapia, que es un árbol cuya semilla es una almendra de la que se obtiene un producto que se llama la “cumarina” que se utiliza en la perfumería y para aromatizar ciertos tipos de tabaco; y del Balatá o caucho... manchados de sangre.

Homicidio: de Asdrúbal (el gran amor de Barbarita), del Capitán (el taita de Barbarita), del Sapo (el segundo del Capitán), de Sebastián Barquero (esposo de Panchita Luzardo y padre de Lorenzo Barquero), de Félix Luzardo (hermano de Santos Luzardo), del Cnel. Apolinar (amante de Doña Bárbara), de Carmelito López y de su hermano Rafael (peones de Altamira), de Balbino Paiba (mayordomo del Miedo) y de Melquiades Gamarra (espaldero de Doña Bárbara).

Violación de Barbarita por tres hombres, lo que la convierte en la dañera, en la devoradora de hombres: *“Era la rebelión que hacía tiempo venía preparándose por causa de la perturbadora belleza de la guaricha; pero el capitán no se atrevió a sofocarla en el acto, pues comprendió que aquellos tres hombres estaban de acuerdo y resueltos a todo, y aplazó el escarmiento para cuando regresara el Sapo, con cuya ciega adhesión contaba. Barbarita, como se diese cuenta también de las siniestras intenciones del taita, miró a los rebeldes como a sus salvadores y corrió hacia ellos; más, al advertir cómo la miraban, se detuvo, con el corazón helado por el terror, y maquinalmente tornó al sitio donde la dejara Asdrúbal. De pronto cantó el «yacabó», campanadas funerales en el silencio desolador del crepúsculo de la selva, que hielan el corazón del viajero. —Ya-cabó... Ya-cabó... ¿Fue el canto agorero del ave o el propio gemido mortal de Asdrúbal? ¿Fue la descarga repentina de la prolongada tensión nerviosa, o la sideración, misteriosamente transmitida a distancia, de un golpe mortal que en aquel momento recibía otro cuerpo: el tajo del Sapo en el cuello de Asdrúbal? Ella sólo recordaba que había caído de bruces, derribada por una conmoción subitánea y lanzando un grito que le desgarró la garganta. Lo demás sucedió sin que ella se diese cuenta, y fue: el estallido de la rebelión, la muerte del capitán y en seguida la del Sapo, que había regresado solo al campamento, y el festín de su doncelez para los vengadores de Asdrúbal. Cuando, ahogándose en la sofocación de la carrera, el viejo Eustaquio llegó en su auxilio al grito lanzado por ella, ya todos estaban hartos, y uno decía: —Ahora podemos vendérsela al turco, aunque sea por las veinte onzas que ofreció enantes” ...²⁴*

Instigación a delinquir: de Panchita Luzardo hacia su hijo Lorenzo Barquero cuando le pide que regrese a vengar la muerte de su padre; y de Lorenzo Barquero que instiga a su primo a Félix Luzardo contra su Padre José Luzardo.

Prevaricación de los abogados de Santos Luzardo que se aliaron con Doña Bárbara para despojarlo de su propiedad.

Como si todo lo anterior fuera poco, también a lo largo de toda la historia, vemos como se consuman otros delitos tales como lesiones personales, abigeato, robo, aprovechamiento de cosas provenientes de delito, asociación para delinquir, hacerse justicia por propia mano,

²⁴ Doña Bárbara: La Devoradora de Hombres. pp. 44-45

en fin, la Impunidad, que por sí misma es una violación flagrante a los derechos humanos; pudiéndose distinguir tres tipos de impunidad, a saber, ausencia de castigo penal o impunidad penal; ausencia de condena moral o impunidad moral, y el desconocimiento de la verdad o impunidad histórica.²⁵

En pocas palabras en esta obra se refleja la barbarie telúrica de Venezuela, cuya existencia le dolía a Rómulo Gallegos en su angustia de civilista, esa patria de violencia que dañaba a sus mejores hijos y alentaba y premiaba los arrebatos del hombre de presa, el zarpazo del guerrillero, la crueldad del dictador y sus apetitos rapaces.²⁶

En este sentido, la profesora Cossimina Pellegrino, en un artículo titulado breves reflexiones sobre el aporte de la literatura para la mejor enseñanza y aprendizaje del derecho, publicado en la Revista Tachirensis de Derecho N° 22, dice que Gallegos plantea en Doña Bárbara la necesidad del reconocimiento del imperio de la Ley por sobre las voluntades y pasiones particulares, y que expone en esta obra el orden de la legalidad encarnado por Santos Luzardo quien representa derecho, progreso y civilización, frente a un orden ilegal personificado por Doña Bárbara que representa la violencia y la barbarie.

Con respecto a la amplia gama de delitos que aparecen en la historia, Elio Gómez Grillo afirma que el delito en todas sus formas y manifestaciones constituye la composición general y trama funcional de esta novela pues la figura principal que le da nombre a la obra se forja sobre los mecanismos fenoménicos del delito. Su condición victimógena la transforma, dentro de un proceso criminogénico, en una personalidad delincuente. Primero es Barbarita, unidad victimal, sujeto pasivo de actos lascivos de naturaleza inclusive incestuosa, ya que su «taita» participa en ellos. Después es testigo, virtualmente, del brutal asesinato de su novio Asdrúbal. Violada colectivamente de inmediato, comienza a forjarse allí su personalidad criminal.

Para Gómez Grillo, una vez más se repite el axioma criminológico: en todo gran delincuente ha habido una gran víctima. Concluyendo que el muestrario delictivo que contiene Doña Bárbara es tan elevado que difícilmente admite parangón. Si no fuese todo lo que es, bastantes virtudes detenta como para que pudiese constituir una muestra ejemplar de novela de delitos, quizás la gran novela de la delincuencia rural venezolana, referida a una época y a una región: la llanera.²⁷

Ciertamente, no podemos obviar que ella fue verdaderamente una víctima, una mujer violada por tres hombres, con todas las consecuencias físicas y emocionales que derivan de ello: *“Algo semejante ha acontecido en la vida de Barbarita. El amor de Asdrúbal fue un vuelo breve, un aletazo apenas, a los destellos del primer sentimiento puro que se albergó en su corazón, brutalmente apagados para siempre por la violencia de los hombres, cazadores de placer. De sus manos la rescató aquella noche Eustaquio –viejo indio baniba que servía de piloto en la piragua, sólo por estar cerca de la hija de aquella mujer de su tribu, que, a la hora de sucumbir a los crueles tratos del capitán, le recomendó que no le abandonase a la guaricha–; pero ni el tiempo, ni la quieta existencia de la rancharía donde se refugiaron, ni el apacible fatalismo que el son de los tristes yapururos removía por instantes en su alma india, habían logrado aplacar la sombría tormenta de su corazón: un ceño duro y tenaz le surcaba la frente, un fuego maligno le brillaba en los ojos. Ya, sólo rencores podían abrigar su pecho, y nada la complacía tanto como el espectáculo del varón debatiéndose entre las*

²⁵ El Comité de Familiares de Víctimas del Caracazo, Organización No Gubernamental. Disponible en: www.cofavic.org

²⁶ Rómulo Gallegos y su Tiempo de Juan Liscano. pp. 103-104.

²⁷ Disponible en <http://cenal.gob.ve/?p=18852>

*garras de las fuerzas destructoras. Maleficios del Camajay-Minare –siniestra divinidad de la selva orinoqueña– el diabólico poder que reside en las pupilas de los dañeros y las terribles virtudes de las hierbas y raíces con que las indias confeccionan la pusana para inflamar la lujuria y aniquilar la voluntad de los hombres renuentes a sus caricias, apasionanla de tal manera, que no vive sino para apoderarse de los secretos que se relacionen con el hechizamiento del varón. También la iniciaron en su tenebrosa sabiduría toda la caterva de brujos que cría la bárbara existencia de la indiada. Los ojeadores que pretenden producir las enfermedades más extrañas y tremendas sólo con fijar sus ojos maléficos sobre la víctima; los sopladores, que dicen curarlas aplicando su milagroso aliento a la parte dañada del cuerpo del enfermo; los ensalmadores, que tienen oraciones contra todos los males y les basta murmurarlas mirando hacia el sitio donde se halla el paciente, así sea a leguas de distancia, todos le revelaron sus secretos, y a vuelta de poco, las más groseras y extravagantes supersticiones reinaban en el alma de la mestiza”.*²⁸

Otro tema central en esta obra es el de la propiedad; a este respecto, Francisco Javier Yanes,²⁹ en su obra “Manual político del venezolano”, ya para 1839, defendía la tesis de que la propiedad era el origen de la desigualdad de condiciones entre los hombres y que la igualdad debe ser sacrificada a la propiedad, porque la propiedad es el más sagrado de todos los derechos del hombre, y el fundamento mayor de toda asociación política.

En este punto, se hace necesario recordar que siempre la propiedad privada y la libertad individual han sido dos conceptos inseparables a lo largo de la historia, pues sin propiedad privada no hay libertad individual en virtud que la función de la propiedad debe ser asegurar a su titular una esfera de libertad en el campo económico.

De modo que entendiendo que la propiedad privada es una herramienta fundamental para salir de la pobreza, podemos entender su valor para las personas, particularmente en medio de la ruina moral y económica de un país devastado por las guerras, alzamientos y revoluciones, y lo que estaban dispuestos a hacer para alcanzarla y para conservarla.

Siendo ello así, en la novela Doña Bárbara la lucha por la propiedad gravita en torno a los Hatos Altamira y el Miedo, cuyos elementos definitorios eran grandes extensiones de tierra, grandes cantidades de ganado, rivalidad entre los dueños y los empleados de ambos Hatos, y la ausencia de cercas que los delimitaran, todo este coctel sazonado por un absoluto desprecio hacia la Ley por parte de la dueña del Hato El Miedo, y por unas autoridades sin miramientos para ejercer el poder de manera autoritaria y despótica.

Definitivamente, en esta historia el origen de los problemas con respecto a la propiedad era la ausencia de cercas que establecieran los límites de la misma, porque para la Ley del Llano de 1910 (Ley de Doña Bárbara), sólo los que poseyeran menos de una legua de sabana de terrenos tenían la obligación de cercar; de modo que, los que poseían más de esa extensión no tenían la obligación de cercar. Es importante aclarar que una (1) legua de sabana corresponde a dos mil quinientas (2.500) hectáreas y una (1) hectárea corresponde a diez mil metros cuadrados (10.000 m²).

Además, de conformidad con la Ley del Llano sólo los que poseían una o más leguas de sabana y herraban anualmente cien becerros al pie de sus madres, tenían derecho a cazar (cachilapear) y herrar orejanos (ganado sin marcas en las orejas) y bestias mostrencas (caballos salvajes). Para el resto, es decir, los que no poseían esa extensión de terrenos, cazar y herrar orejanos y mostrencos era un delito.

²⁸ Doña Bárbara: La Devoradora de Hombres. pp. 45-46.

²⁹ Protagonista civil de la independencia venezolana. Diputado del Congreso Constituyente de 1881. Firmante del Acta de Independencia el 05 de julio de 1811 y de nuestra primera constitución republicana: la Constitución de 1811.

No podemos dejar de mencionar que, en el llano, de conformidad con la costumbre de esa época, propiedad que se movía no era propiedad, de modo que tanto las reses como los caballos salvajes era de quien los cazaba, ya que lo único que daba fe sobre la propiedad de la res era el hierro, siempre que estuviere debidamente empadronado porque incluso las señales, no tenían importancia alguna.

Era muy cierto que, la cerca evitaría todas estas arbitrariedades, pero existía mucha resistencia al cambio, particularmente mucha resistencia a esta idea civilizadora, lo vemos cuando Antonio Sandoval le dice a Santos Luzardo: *“Puede que usted tenga razón, pero para eso sería menester cambiar primeramente el modo de ser del llanero. El llanero no acepta la cerca. Quiere su sabana abierta como se la ha dado Dios, y la quiere, precisamente, para eso: para cachilapiar cuanto bicho le caiga en el lazo. Si se le quita ese gusto, se muere de tristeza. Un llanero está contento cuando puede decir: hoy cachilapié tantas reses, y no le importa que su vecino esté diciendo allá lo mismo, porque el llanero siempre cree que sus bichos están seguros y que los que se coge el vecino son de otro”*.³⁰

IV. LA ESPERANZA

“Algún día será verdad. El progreso penetrará en la llanura y la barbarie retrocederá vencida. Tal vez nosotros no alcemos a verlo; pero sangre nuestra palpitará en la emoción de quien lo vea”.³¹

La esperanza de cambio representada en Marisela, rescatada de la barbarie por virtud del amor y de la voluntad civilizadora.³² El Código Civil de 1896 establecía la obligación del padre y la madre a mantener a sus hijos legítimos, a los adoptivos y a los ilegítimos reconocidos legalmente, pero nada decía respecto a los hijos naturales (no reconocidos). Marisela era la hija de Doña Bárbara y Lorenzo Barquero, una criatura montaraz, greñuda, mugrienta, descalsa y mal cubierta por un traje vuelto jirones, abandonada por su madre, criada por su padre alcohólico en un rancho lleno de miseria, rescatada de la miseria y del abandono por su primo Santos Luzardo; Marisela se convirtió en lo mejor de él mismo, puesto en otro corazón.³³

A Marisela la presentó su padre solamente y no hizo mención de la madre, que la apartó de su lado apenas nació: *“Ni aun la maternidad aplacó el rencor de la devoradora de hombres; por el contrario, se lo exasperó más: un hijo en sus entrañas era para ella una victoria del macho, una nueva violencia sufrida, y bajo el imperio de este sentimiento concibió y dio a luz una niña, que otros pechos tuvieron que amamantar, porque no quiso ni verla siquiera, no la quiso ni amamantar, no la quiso ver siquiera, porque un hijo en sus entrañas era para ella una victoria del macho, una nueva violencia sufrida”*.³⁴

Marisela, en consecuencia, no tenía derecho a la protección de su madre al no aparecer en la partida de nacimiento como hija suya, sin embargo, antes de desaparecer Doña Bárbara del Arauca, fue capaz de un único acto de amor maternal: *“¿Quiere decir que he perdido el tiempo al entregar mis obras? Pues las recojo otra vez, y con ellas, ¡hasta la tumba! Pero veremos quién triunfa. Todavía no ha nacido quien pueda arrebatarme lo que ya he dicho que me pertenecerá. ¡Primero muerta que derrotada! Así llegó hasta las fundaciones de Altamira. Al favor de la obscuridad de la noche se acercó a la casa, y por la puerta que daba al corredor delantero vio a Luzardo sentado a la mesa con Marisela. Ya*

³⁰ Doña Bárbara. Algún Día Será Verdad. pp. 147-148.

³¹ Doña Bárbara. Algún Día Será Verdad. p.149.

³² Inscripción en el monumento a Marisela en el Arauca, realizado por Manuel de la Fuente.

³³ Doña Bárbara. Luz en la Caverna. p. 377

³⁴ Doña Bárbara: La Devoradora de Hombres. p.48.

habían concluido de comer; él hablaba y ella escuchaba, mirándolo embelesada, los codos sobre la mesa, las mejillas entre las manos. Doña Bárbara avanzó hasta el alcance de un tiro de revólver. Detuvo el caballo. Despacio y con fruición asesina, sacó el arma de la cañonera de la montura y apuntó al pecho de la hija, que hacía blanco a la luz de la lámpara. De pura luz de estrellas era la chispa que brillaba en la mira, entre la tiniebla alejosa, ayudando al ojo torvo a buscar el corazón de Marisela; más, como si en aquel diminuto destello gravitara todo el peso del astro de donde irradiaba, el arma bajó sin haber disparado, y lentamente volvió a la cañonera de la montura. Puesto el ojo en la mira que apuntaba al corazón de la muchacha embelesada, doña Bárbara se había visto de pronto a sí misma bañada en el resplandor de una hoguera que ardía en una playa desierta y salvaje, pendiente de las palabras de Asdrúbal, y el doloroso recuerdo le amansó la fiereza.

Se quedó contemplando largo rato a la hija feliz, y aquella ansia de formas nuevas que tanto la había atormentado tomó cuerpo en una emoción maternal, desconocida para su corazón. Es tuyo. Que te haga feliz.”³⁵

Finalmente, la reconoce como su hija y la nombra como su única heredera: “*La noticia corre de boca en boca: ha desaparecido la cacica del Arauca. Se supone que se haya arrojado al tremedal, porque hacia allá la vieron dirigirse, con la sombra de una trágica resolución en el rostro; pero también se habla de un bongo que bajaba por el Arauca, y en el cual alguien creyó ver una mujer. Lo cierto era que había desaparecido, dejando sus últimas voluntades en una carta para el doctor Luzardo, y la carta decía: «No tengo más heredera sino mi hija Marisela, y así la reconozco por ésta, ante Dios y los hombres. Encárguese usted de arreglarle todos los asuntos de la herencia.»*”³⁶

Es así como desaparece del Arauca el nombre del Miedo y todo vuelve a ser Altamira, con la llegada del alambre de púas para la cerca y con él la esperanza. Esa esperanza victoriosa en el final de la novela, representada por el triunfo del amor de Doña Bárbara hacia Asdrúbal, aquel amor frustrado que pudo hacerla buena, y que efectivamente la hizo buena cuando ella, por un instante, se ve reflejada en su hija enamorada y decide retirarse y dejarle el camino libre para que haga su vida y sea feliz con Santos Luzardo.

Esperanza representada, además, por el triunfo civilizador con la llegada de la cerca, que representa al Estado de Derecho imponiéndose sobre el autoritarismo. Este final feliz de la novela nos hace pensar que el autor también esperaba un final feliz para el país, representado para ese momento con el fin de la dictadura y la consolidación del imperio de la ley y del respeto a los derechos como límite al ejercicio del poder.

Final feliz que aun hoy, seguimos esperando, porque nuestro pasado autoritario es ese fantasma que nos acecha y que no termina de irse, un pasado lleno de violencia fratricida con una patria que venera a sus héroes guerreros y no a sus héroes civiles, y es así porque nuestro pasado está escrito en clave de héroes primero, y de caudillos después.

Por mucho que avancemos ese pasado autoritario siempre nos espera delante de nosotros, antes y ahora la actuación estatal genera violencia y crisis política, económica y social, lo que se traduce en abuso de poder y en violaciones sistemáticas de Derechos Humanos, socavando el imperio de la ley y atentando contra el Estado de derecho, y lamentablemente, no hemos podido colocar la “cerca” que detenga el ejercicio autoritario del poder en Venezuela.

³⁵ Doña Bárbara: La Estrella en la Mira. pp. 394-395.

³⁶ Doña Bárbara: Toda Horizontes, Toda Caminos. p. 398

V. FUENTES CONSULTADAS

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (s.f.). *Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811*. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-federal-de-los-estados-de-venezuela-21-de-diciembre-1811/html/86de8dbc-4b14-4131-a616-9a65e65e856a_2.html

Bolívar, S. (1819). *Discurso de Angostura*. Disponible en: <https://biblioteca.org.ar/libros/1230.pdf>

Brito Figueroa, F. *Historia Económica y Social de Venezuela*. Tomo II. Ediciones de la Biblioteca EBUC. Caracas, Venezuela. 2015.

Cobo Carrasco, M. *Análisis Jurídico de Doña Bárbara*. Tesis Doctoral presentada en el Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. 1996.

Comité de Familiares de Víctimas del Caracazo. (1989). Disponible en: www.cofavic.org

Dworkin, R. *Como el Derecho se Parece a la Literatura en la Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin, Estudio Preliminar César Rodríguez*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. 1997.

Frosini, V. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2018.

Fundación Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela*. Segunda Edición. Caracas, Venezuela. 1997.

Gallegos, R. *Doña Bárbara*. Publicación de Petróleos de Venezuela y sus Empresas Filiales. Edición conmemorativa del año centenario del nacimiento de Rómulo Gallegos. Caracas, Venezuela. 1984.

Gómez Grillo, E. *Apuntes Sobre la Delincuencia y la Cárcel en la Literatura Venezolana*. Colección Bicentenario Carabobo. Monte Ávila Editores. Caracas, Venezuela. 2000. Disponible en: <http://cenal.gob.ve/?p=18852>

Guerrero, C. *Liberalismo y Republicanismo en Bolívar (1819-1830)*. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajos de Grado N° 3. Caracas, Venezuela. 2005.

Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. VIII. La interpretación. Traducción de la Segunda Edición en alemán. Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de México. Ciudad de México, México. 1991.

Liscano, J. *Rómulo Gallegos y su Tiempo*. Monte Ávila Editores. Caracas, Venezuela. 1969.

Pellegrino, C. Breves reflexiones sobre el aporte de la literatura para la mejor enseñanza y aprendizaje del derecho. *Revista Tachirense de Derecho*. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Venezuela. 2011.

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 5 (2015). Revista Homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren. Caracas.

Salcedo Bastardo, J. *Historia Fundamental de Venezuela*. Undécima Edición. Ediciones de la Biblioteca EBUC. Caracas, Venezuela. 2006.

Torres, A. *La Herencia de la Tribu del mito de la Independencia a la República Bolivariana*. Editorial Alfa. Caracas, Venezuela. 2011.

Yanes, F. (2009). *Manual Político del venezolano y Apuntamientos sobre la Legislación de Colombia*. Asociación Académica para la Conmemoración del Bicentenario de la Independencia. Colección Bicentenario de la Independencia. Caracas, Venezuela. 2009.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2023

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana
Abogado

SUMARIO

I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Leyes* 2. *Acuerdos* A. Régimen del Poder Público.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Legislativo. B. Poder Ejecutivo. a. Ministerios. b. Viceministerios. c. Comisiones presidenciales. d. Empresas del Estado. e. Fundaciones del Estado. f. Otros órganos y entes. C. Poder Judicial. D. Poder Ciudadano. a. Consejo Moral Republicano. b. Ministerio Público.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema presupuestario*. A. Patrimonio. B. Auditoría y control interno. 2. *Sistema de contratación pública*. 3. *Sistema de bienes públicos*.

IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional. B. Cuerpos diplomáticos. 2. *Régimen castrense*.

V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Unidad tributaria*. 2. *Tributos*. 3. *Energía y minas*. 4. *Servicios e industrias*.

VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Ciencia y tecnología*. 2. *Educación*. A. *Educación básica y media*. 3. *Régimen laboral*. 4. *Cultura*. 5. *Premios y condecoraciones*. 6. *Salud*. 7. *Programas sociales y de protección social*.

VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Catastro y zonificación*. 2. *Ambiente y recursos naturales*. 3. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA¹

1. *Leyes*

Ley de reforma del estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 66 del 03-01-2023.

Ley de reforma de la ley especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 66 del 03-01-2023.

2. *Acuerdos*

A. *Régimen del Poder Público*

Acuerdo para la modificación del Fondo Especial para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital para hacer frente a las deudas sostenidas con las firmas de abogados que han representado al estado venezolano y sus entes descentralizados en cortes y tribunales extranjeros; arbitrar fondos para la defensa de los activos venezolanos en el extranjero; y atender el proceso de reestructuración de deuda pública externa. G.L. N° 73 del 28-06-2023.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Legislativo*

Resolución N° DP-2023-006 de la Asamblea Nacional, mediante la cual se dictan las normas que rigen el Sistema Interno de Modificaciones Presupuestarias de la Asamblea Nacional para el ejercicio económico financiero 2023. G.O. N° 42.581 del 03-03-2023.

B. *Poder Ejecutivo*

a. *Ministerios*

Decreto N° 4.786, mediante el cual se modifican las competencias del Ministerio del Poder Popular Para la Energía Eléctrica y del Ministerio del Poder Popular Para la Ciencia y Tecnología, en los términos establecidos en este Decreto. G.O. N° 42.585 del 09-03-2023.

Resolución N° 3-2023 del Ministerio del Poder Popular de Agricultura Urbana, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del ministerio. G.O. N° 42.626 del 11-05-2023.

b. *Viceministerios*

Decreto N° 4.776, mediante el cual se suprime el Despacho del Viceministro o Viceministra para América Latina y el Caribe de la estructura orgánica del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores; y se crea el Despacho del Viceministro o Viceministra para América Latina, integrado a la estructura orgánica del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. G.O. N° 42.561 del 01-02-2023.

c. *Comisiones presidenciales*

Decreto N° 4.792, mediante el cual se deroga el Decreto N° 4.681, de fecha 27-04-2022, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.364, de la misma fecha, por medio del cual se mantuvo

¹ La información se ha extraído de la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (G.L.), disponible en <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/gacetatas>

la vigencia del Decreto de creación de la “Comisión Presidencial para la Defensa, Reestructuración y Reorganización de la Industria Petrolera Nacional Alí Rodríguez Araque”. G.O. N° 42.594 del 22-03-2023.

d. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.799, mediante el cual se ordena la intervención de la Corporación Venezolana de Guayana (CVG), Instituto Público adscrito al Ministerio del Poder Popular de Industrias y Producción Nacional. G.O. N° 6.741 Extraordinario del 31-03-2023.

Decreto N° 4.808, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado bajo la forma de sociedad anónima, la cual se denominará Parque Científico Tecnológico de Venezuela Más Ciencia, S.A., adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología. G.O. N° 42.634 del 23-05-2023.

e. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.772 de la Presidencia de la República, mediante el cual se autoriza la creación de la Fundación Estadio Monumental de Caracas Simón Bolívar; con personalidad jurídica y patrimonio propio, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, y se designan los miembros principales del Consejo Directivo que en él se mencionan. G.O. N° 42.557 del 26-01-2023.

f. *Otros órganos y entes*

Resolución N° 001/2023 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se crea la Oficina con Funciones Especiales para la atención de los usuarios y las usuarias que se encuentren involucrados en los procesos desarrollados por el Centro Internacional de Inversión Productiva, a fin de agilizar la realización de trámites requeridos, la cual tendrá competencia a nivel nacional con sede en la ciudad de Caracas del Distrito Capital. G.O. N° 42.548 del 13-01-2023.

Resolución N° 49431 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Unidad Naval Coordinadora de los Servicios de Carenado, Reparaciones de Casco, Reparaciones y Mantenimiento de Equipos y Sistemas de Buques (UCOCAR). G.O. N° 42.550 del 17-01-2023.

Decreto N° 4.788, mediante el cual se ordena la reestructuración de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), Instituto Autónomo adscrito a la Vicepresidencia Sectorial de Economía; y se designan como integrantes de la Comisión de Reestructuración, a las ciudadanas y ciudadanos que en él se indican. G.O. N° 6.739 Extraordinario del 17-03-2023.

Decreto N° 4.795, mediante el cual se ordena la supresión del Servicio Nacional de Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Confiscados y Decomisados, servicio desconcentrado especializado, con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera. G.O. N° 42.597 del 27-03-2023.

Decreto N° 4.801, mediante el cual se cambia la denominación del Servicio Especializado para la Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Decomisados y Comiscados a Servicio de Bienes Recuperados, servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, con autonomía técnica y capacidad de gestión administrativa, operativa, presupuestaria, financiera y de disposición, dependiente jerárquicamente de la Vicepresidencia de la República. G.O. N° 42.604 del 05-04-2023.

Resolución N° 50133 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se designa al Servicio Autónomo de la Fuerza Aérea Venezolana (SAFAV), como órgano

desconcentrado que forma parte de la estructura organizativa de este Ministerio, como encargado de la recaudación y administración de los ingresos que se generen por el uso de los espacios abiertos de la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, ubicada en La Carlota, Caracas, Distrito Capital, por parte de las personas jurídicas públicas y/o privadas, que sean las encargadas de organizar y contratar eventos deportivos, culturales, educativos, musicales, folklóricos, ferias y actividades afines a ellas, que hayan sido previamente autorizados por quien suscribe como Ministro del Poder Popular para la Defensa. G.O. N° 42.606 del 11-04-2023.

Resolución N° 50134 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dictan las normas que regulan la activación y funcionamiento de las oficinas del Servicio Autónomo de Salud de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. G.O. N° 42.610 del 17-04-2023.

Providencia N° 78 del SAREN, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Servicio Autónomo de Registros y Notarías. G.O. N° 42.620 del 03-05-2023.

Resolución conjunta N° 29, 159 y 18 de los Ministerios del Poder Popular para el Transporte, para Relaciones Exteriores y para el Ecosocialismo, mediante la cual se crea el Comité Técnico Interinstitucional Marítimo (COTEIM) que tendrá por objeto presentar y recomendar estrategias técnico-políticas en los procesos de negociación internacional relacionadas con la materia marítima y portuaria, referentes a la seguridad marítima, la protección ambiental del medio marino, la facilitación del transporte marítimo, y hacer seguimiento a la aplicación de las políticas y medidas nacionales en cumplimiento de los aspectos técnicos, científicos, legales y operacionales relativos a la Organización Marítima Internacional (OMI), a los Fondos Internacionales de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC) y a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélites Móviles (IMSO), en concordancia con los compromisos internacionales derivados de estos Organismos, en el marco de las directrices gubernamentales que a tal efecto les señalen las máximas autoridades de los organismos que lo conforman, en coordinación con el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. G.O. N° 42.630 del 17-05-2023.

Decreto N° 4.811, mediante el cual se reforma parcialmente el Decreto N° 4.110 de fecha 05-02-2020, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.815 de la misma fecha, sobre el Comité de Comercio Exterior. G.O. N° 42.652 del 16-06-2023.

C. Poder Judicial

Resolución N° 2022-0007 de la Sala Plena, mediante la cual se dicta las normas que regulan los planes y beneficios de jubilación, de carácter especial, para los jueces y juezas, y demás funcionarios y empleados administrativos y judiciales al servicio del Poder Judicial. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Resolución N° 2022-0008 de la Sala Plena, mediante la cual se crea la Sala Especial Primera en la Secretaría de la Sala Político Administrativa. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Resolución N° 2022-0009 de la Sala Plena, mediante la cual se enuncian las competencias de la Sala Político Administrativa, por lo que respecta a la cuantía, según lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Resolución N° 2022-0010 de la Sala Plena, mediante la cual se amplía la competencia de los tribunales en función de control de cada Circunscripción Judicial del país. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Resolución N° DDPG-2023-390 de la Defensa Pública, mediante la cual se dictan las Normas del II Concurso de Credenciales y de Conocimientos de la Carrera Defensoril. G.O. N° 42.646 del 08-06-2023.

Resolución N° 2023-0001 de la Sala Plena, mediante la cual se modifica, a nivel nacional, las competencias de los juzgados para conocer de los asuntos en materia civil, mercantil, tránsito, bancario y marítimo, según corresponda, de la manera que en ella se especifica. G.O. N° 42.648 del 12-06-2023.

Resolución N° 2023-0002 de la Sala Plena, mediante la cual se asigna la competencia, a nivel nacional, para tramitar las causas en materia de extinción de dominio en primera instancia y en segunda instancia, a los Tribunales Civiles de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que en ella se indican, por imperativo de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. G.O. N° 42.648 del 12-06-2023.

D. *Poder Ciudadano*

a. *Consejo Moral Republicano*

Resolución N° 2-2022 del Consejo Moral Republicano, mediante la cual se crea la Coordinación de Gestión y Protocolo. G.O. N° 42.588 del 14-03-2023.

b. *Ministerio Público*

Resolución N° 538 del Ministerio Público, mediante la cual se crea la Condecoración Orden al Mérito General en Jefe Jacinto Pérez Arcay, en su Única Clase, a los fines de reconocer a los funcionarios del Ministerio Público de Venezuela, personalidades, instituciones y organismos nacionales e internacionales, que se destaquen en sus cargos o actividades por aportes significativos en el campo de la historia, la cultura y la defensa integral de la nación, y que contribuyan con sus valores de identidad y amor a la Patria. G.O. N° 42.611 del 18-04-2023.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Patrimonio*

Ley para la Protección de los Activos, Derechos e Intereses de la República y sus Entidades en el Extranjero. G.O. N° 6.747 Extraordinario del 22-05-2023.

2. *Sistema de auditoría y control interno*

Resolución N° 8 del Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Oficina de Auditoría Interna. G.O. N° 42.609 del 14-04-2023.

3. *Sistema de contratación pública*

Providencia N° DG/2023/013 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se establecen las normas para la presentación al Servicio Nacional de Contrataciones de los resultados de la evaluación de desempeño de los contratistas. G.O. N° 42.636 del 25-05-2023.

4. *Sistema de bienes públicos*

Providencia N° 20 de la SUDEBIP, mediante la cual se dicta la prórroga de la vigencia de la Providencia Administrativa N° 24, de fecha 01-09-2022, donde se establecen los lineamientos temporales aplicables para la desincorporación de los bienes públicos catalogados “Material Estratégico Susceptible de Reciclaje”, en virtud del Decreto N° 4.445, de fecha 24-02-2021. G.O. N° 42.648 del 12-06-2023.

IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Ley Aprobatoria del “Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, suscrito el 03-02-2023. G.O. N° 6.738 Extraordinario del 10-03-2023.

Resolución N° 82 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto “Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Tayikistán, referente a la Supresión del Requisito de Visa para portadores de Pasaportes Diplomáticos y de Servicio”. G.O. N° 42.589 del 15-03-2023.

Resolución N° 83 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto “Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Kazajistán, sobre la Exención del Visado a titulares de Pasaportes Diplomáticos y de Servicio”. G.O. N° 42.589 del 15-03-2023.

Resolución N° 103 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto “Decisión 001 De la Comisión Administradora del Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial N° 28 (AAP.C N°28), celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, Primer Protocolo Adicional”. G.O. N° 42.609 del 14-04-2023, reimpresso en N° 42.637 del 26-05-2023.

B. *Cuerpos diplomáticos*

Resolución N° 113 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en la República de Uganda, con sede en la ciudad de Kampala. G.O. N° 42.609 del 14-04-2023.

2. *Régimen castrense*

Resolución N° 49441 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dicta el Reglamento del Sistema de Evaluación Integral y Ascenso del Personal Militar Profesional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. G.O. N°. 42.551 del 18-01-2023.

V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen de la propiedad*

Ley Orgánica de Extinción de Dominio. G.O. N° 6.745 Extraordinario del 28-04-2023.

2. *Tributos*

Decreto N° 4.766, mediante el cual se prorroga, hasta el 09-06-2023, la vigencia del Decreto N° 4.525, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.145, de fecha 09-06-2021, en consecuencia quedan vigentes las dispensas de los regímenes legales para la exportación allí señalados, en los términos y condiciones indicados en el citado Decreto. G.O. N° 42.544 del 09-01-2023.

Decreto N° 4.767, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como de 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 y las ventas realizadas en el territorio nacional de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la

gasolina, realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. G.O. N° 42.548 del 13-01-2023.

Resolución N° 1 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior, mediante la cual se incorpora al Apéndice I que forma parte integrante del Decreto N° 4.757, de fecha 29-12-2022, publicado en Gaceta Oficial N° 6.727 Extraordinario, de la misma fecha, los Códigos Arancelarios que en ella se mencionan, a los efectos de la exoneración del pago del impuesto de importación e impuesto al valor agregado. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Providencia N° SNAT/2023/00003 del SENIAT, mediante la cual se establecen las disposiciones para el disfrute del beneficio de exoneración del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras por las operaciones de venta realizadas en el territorio nacional, de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina. G.O. N° 42.570 del 14-02-2023.

Decreto N° 4.784, mediante el cual se exonera del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras los débitos que generen la compra, venta y transferencia de la custodia en títulos valores emitidos o avalados por la República o el Banco Central de Venezuela, así como los débitos o retiros relacionados con la liquidación del capital o intereses de los mismos y los títulos negociados a través de las bolsas de valores y bolsa agrícola, realizados en moneda distinta a la de curso legal en el país o en criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos por la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.575 del 23-02-2023.

Providencia Administrativa N° SNAT/2023/00005 del SENIAT, sobre sujetos pasivos especiales. G.O. N° 42.588 del 14-03-2023.

Providencias N° SNAT/2022/00007, SNAT/2023/00008 y SNAT/2023/00009 del SENIAT, mediante las cuales se legalizan la emisión y circulación de bandas de garantía para licores que en ellas se mencionan, por las cantidades que en ellas se indican. G.O. N° 42.590 del 16-03-2023.

Providencia SNAT/2023/00010 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación del formulario Forma-09 y Forma-82. G.O. N° 42.590 del 16-03-2023.

Providencia SNAT/2023/00011 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación del formulario Forma-82 G.O. N° 42.590 del 16-03-2023.

Decreto N° 4.806, mediante el cual se exonera del pago del impuesto sobre la renta, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a los enriquecimientos obtenidos por los tenedores, personas naturales y jurídicas domiciliadas o domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, provenientes de las inversiones que realicen en títulos valores u otros instrumentos de similar naturaleza emitidos y avalados por el Banco Central de Venezuela. G.O. N° 42.623 del 08-05-2023.

Providencia N° SNAT/2022/000033 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de Bandas de Garantías para Licores, por las cantidades que en ella se indican. G.O. N° 42.641 del 01-06-2023.

Decreto N° 4.812, mediante el cual se prorroga, hasta el 09-12-2023, la vigencia del Decreto N° 4.525, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.145, de fecha 09-06-2021, y en consecuencia quedan vigentes las dispensas de los regímenes legales para la exportación allí señalados, en los términos y condiciones indicados en el citado Decreto. G.O. N° 42.653 del 19-06-2023.

Decreto N° 4.816, mediante el cual se exoneran del pago del impuesto sobre la renta, los enriquecimientos netos gravables de fuente territorial, obtenidos por las asociaciones cooperativas, constituidas conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. G.O. N° 42.661 del 29-06-2023.

Providencia N° SNAT/2023/000031 del SENIAT, mediante la cual se reajusta el valor de la Unidad Tributaria de Bs. 0,40 a Bs. 9. G.O. N° 42.623 del 08-05-2023

3. *Energía y minas*

Resolución N° 9 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se incorpora 198.643 MMPCN de nuevas reservas probadas de Hidrocarburos Gaseosos a nivel nacional, al cierre del 31-12-2022, provenientes en el Área Tradicional Oriente y Occidente, distribuidas de la siguiente manera: Áreas Tradicionales de Oriente: 196.770 MMPCN y Occidente: 1.873 MMPCN. G.O. N° 42.624 del 09-05-2023.

Resolución N° 10 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se incorpora 29.616 MBN de nuevas reservas probadas de petróleo y condensado a nivel nacional, al cierre del 31-12-2022, provenientes en las Áreas Tradicionales de Oriente: 26.118 MBN y Occidente: 3.498 MBN. G.O. N° 42.624 del 09-05-2023.

4. *Servicios e industrias*

Ley para la Protección y Promoción de la Producción del Agave Cocui, del Cocuy y sus Derivados Artesanales. G.O. N° 6.742 Extraordinario del 03-04-2023.

Resoluciones N° 29 a 38 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante las cuales se establecen como Norma Venezolana COVENIN de carácter nacional, las normas que en ellas se mencionan. G.O. N° 42.662 del 30-06-2023.

VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Ciencia y tecnología*

Resolución N° 214 del Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se establecen los lineamientos para la promoción, articulación, impulso, seguimiento y evaluación de las iniciativas, proyectos y actividades que se desarrollen a nivel nacional en el marco de la Ciencia Abierta para responder a desafíos locales y generar soluciones que satisfagan necesidades, acompañada de conocimientos científicos y saberes ancestrales más accesibles y verificables, sujetos a examen y crítica; que la haga más eficiente, mejore la calidad, la reproducibilidad, el impacto social positivo, la fiabilidad y la confianza en la ciencia y en los productos que de ella se derivan. G.O. N° 42.645 del 07-06-2023.

2. *Educación*

A. *Educación básica y media*

Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica. G.O. N° 6.737 Extraordinario del 23-02-2023.

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se identifica con el Epónimo Bicentenario de la Batalla Naval del Lago de Maracaibo, a las promociones que egresen de las instituciones y centros educativos oficiales dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal, Municipal y las instituciones educativas privadas de los niveles de educación inicial, primaria, media general, educación media técnica, modalidad de educación de jóvenes, adultas y adultos, Inces y Misión Ribas en las menciones y especialidades G.O. N° 42.661 del 29-06-2023.

3. *Régimen laboral*

Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad. G.O. N° 6.735 Extraordinario del 26-01-2023.

Providencia N° CJ-010-2023 del INPSASEL, mediante la cual se establece como parámetros normativos los artículos que en ella se mencionan, para realizar y ejecutar el diagnóstico, evaluación y control del diseño, fabricación, instalaciones, operación e inspección de máquinas, equipos y herramientas y la inscripción de entidades de trabajo prestadoras de servicios y sus profesionales. G.O. N° 42.573 del 17-02-2023.

Decreto N° 4.783, mediante el cual se instruye a las autoridades del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES), Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) y al Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, a implementar mecanismos para afianzar el desarrollo productivo de los nuevos emprendimientos debidamente registrados por ante el Registro Nacional de Emprendimiento (RNE), para lo cual deberán dispensar del pago del Registro o Inscripción como entidades de trabajo en los referidos organismos. G.O. N° 42.575 del 23-02-2023.

Decreto N° 4.805, mediante el cual se establece el aumento del ingreso mínimo mensual para la protección del pueblo venezolano. G.O. N° 6.746 Extraordinario del 01-05-2023.

4. *Cultura*

Providencia N° 1/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural de la República Bolivariana de Venezuela, la Casona Hacienda El Ancón y sus estructuras asociadas porque son expresión de nuestra identidad, memoria e historia, acervo cultural y de trascendencia de Venezuela. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

Providencia N° 2/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural de la República Bolivariana de Venezuela, la creación artística Fogata del Cacao, expresión del patrimonio cultural inmaterial de la nación. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

Providencia N° 3/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural, a la agrupación musical Trío Venezuela, así como sus composiciones musicales y la vida y obra de sus integrantes. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

Providencia N° 4/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural a las portadoras y portadores, su trayectoria cultural contentiva de los saberes, conocimientos, prácticas y técnicas de las venezolanas y venezolanos que en ella se indican. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

Providencia N° 5/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural, como patrimonio cultural inmaterial en la subcategoría de institución social al Grupo de Teatro Infantil Los Compadritos, por su continua trayectoria artística en la promoción, divulgación, rescate y enseñanza de teatro infantil de calle; asimismo se declara en este acto como portador patrimonial al ciudadano José Manuel Barreto. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

Providencia N° 6/2023 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se dicta el Instructivo que establece las condiciones de la cadena de custodia de los bienes culturales patrimoniales. G.O. N° 42.580 del 02-03-2023.

5. *Premios y condecoraciones*

Resolución N° 10 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se crea el Premio Nacional a la Investigación Educativa “Simón Rodríguez”, con el fin de reconocer la amplia y fructífera trayectoria y aportes de los trabajadores de la educación en el área de la investigación educativa fundamentados en propuestas novedosas, creativas, humanistas, artísticas, reflexivas, críticas, sistemáticas, integradoras y territorializadas que coadyuven a renovar y transformar la gestión de la praxis pedagógica en todo el subsistema de educación básica y misiones educativas. G.O. N° 42.615 del 25-04-2023.

Resolución N° 216 del Ministerio del Poder Popular Para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se dicta el reglamento operativo aplicable a los premios nacionales de ciencia, tecnología e innovación. G.O. N° 42.662 del 30-06-2023.

6. *Salud*

Resolución N° 1 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece el Reglamento sobre Enfermedades o Eventos de Notificación Obligatoria (ENO). G.O. N° 42.553 del 20-01-2023.

Resolución N° 362 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece la regulación de la fabricación, importación, exportación, distribución, comercialización, uso, publicidad y promoción de los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN), Sistemas Electrónicos Similares sin Nicotina (SSSN), consumibles y demás accesorios. G.O. N° 42.641 del 01-06-2023.

7. *Programas sociales y de protección social*

Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista. G.O. N° 6.744 Extraordinario del 24-04-2023.

Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Contraloría Social. G.O. N° 6.748 Extraordinario del 09-06-2023.

VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Catastro y zonificación*

Decreto N° 4.810, mediante el cual se crea el Distrito Motor de Desarrollo Ciudad Tiuna, con un área geográfica de cuarenta y siete hectáreas con tres mil setecientos metros cuadrados. G.O. N° 42.651 del 15-06-2023.

2. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 1 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dicta las condiciones especiales de aprovechamiento para la temporada 2022-2023, bajo criterios de pausa ecológica, a los fines de la investigación de la especie baba (Caimán *Crocodylus Crocodylus*). G.O. N° 42.552 del 19-01-2023.

Resolución N° 7 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las Normas para Regular y Controlar, la importación, exportación, manejo y uso del gas refrigerante clorodifluorometano HCFC-22 (Sustancia Pura). G.O. N° 42.605 del 10-04-2023.

Resolución conjunta N° 8, 49936, 3, 49 y 26 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Defensa, de Petróleo, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para el Transporte, mediante la cual se establece los mecanismos de control a transportistas y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. G.O. N° 42.614 del 24-04-2023.

3. *Transporte y tránsito*

A. *Sistema de transporte terrestre*

Resolución N° 3 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establecen las tarifas de las estaciones recaudadoras de peajes a nivel nacional; las gobernaciones y/o entes públicos descentralizados a los cuales sea encomendada la administración de estaciones recaudadoras de peajes, cobrarán las tarifas establecidas por este Ministerio que en ella se indican. G.O. N° 42.568 del 10-02-2023.

Resolución N° 20 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la tarifa máxima oficial para las rutas suburbanas a nivel nacional a ser cobradas por los prestadores del servicio público de transporte terrestre de pasajeras y pasajeros, respectivamente. G.O. N° 42.583 del 07-03-2023.

Exhorto Oficial mediante el cual se exhorta a los Alcaldes a nivel nacional, quienes tienen la competencia en materia de tarifas en transporte urbano, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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 todas las rutas incluidas las que por su característica sea troncal o periféricas, el monto mínimo del pasaje urbano será de Bs. 6 y el pasaje máximo urbano será de Bs. 7. G.O. N° 42.583 del 07-03-2023.

B. *Sistema de transporte acuático y aéreo²*

Providencia N° PRE-CJU-GDA-114-22 del INAC, mediante la cual se dictan las directrices para la identificación de las aeronaves de los explotadores aéreos certificados bajo la regulación aeronáutica Venezolana 136 (RAV 136) “Reglas de operación para explotadores del servicio especializado de transporte aéreo en las modalidades de taxi aéreo y transporte aéreo de valores, en operaciones nacionales e internacionales”. G.O. N° 42.554 del 23-01-2023.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-196-22 del INAC, mediante la cual se dicta el procedimiento técnico que regula el otorgamiento de licencias, habilitaciones y certificados médicos aeronáuticos en formato electrónico. G.O. N° 42.635 del 24-05-2023.

² Transcripciones disponibles en el Boletín de Derecho Aeronáutico editado por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), en <http://www.cidep.com.ve>

Comentarios Legislativos

EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA. CONTEXTO DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS SANCIONADAS DURANTE EL SIGLO XX HASTA LA ALBORADA DEL SIGLO XXI

Alan E. Vargas Lima*

Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

Resumen: *El presente trabajo tiene el propósito esencial de mostrar algunos rasgos históricos de lo que fue la enseñanza básica de la interpretación de las normas de la Constitución en Bolivia, describiendo a su vez el panorama normativo y las características de las leyes interpretativas que fueron sancionadas por mandato constitucional durante gran parte del siglo XX hasta comienzos del siglo XXI, haciendo énfasis en el resurgimiento de la interpretación constitucional encargada a un órgano especializado en el país, teniendo en cuenta los avances de la jurisprudencia constitucional sobre esta temática.*

Palabras Clave: *Constitución Boliviana; Leyes interpretativas; Poder Legislativo; Interpretación constitucional.*

Abstract: *The present work has the essential purpose of showing some historical features of what was the basic teaching of the interpretation of the norms of the Constitution in Bolivia, describing in turn the normative panorama and the characteristics of the interpretative laws that were sanctioned by mandate constitutional during a large part of the 20th century until the beginning of the 21st century, emphasizing the resurgence of constitutional interpretation entrusted to a specialized body in the country, taking into account the advances of constitutional jurisprudence on this subject.*

Key words: *Bolivian Constitution; interpretive laws; Legislative power; constitutional interpretation.*

* Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia), y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capítulo Bolivia; y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Docente invitado a nivel pregrado y posgrado en distintas Universidades bolivianas. Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>).

I. NOTA PRELIMINAR

A inicios del mes de junio del pasado año, tuve la oportunidad de participar en el Diplomado Iberoamericano “*Constitucionalismo & Derechos fundamentales*” (Edición 2022)¹, gracias a la gentil invitación del Director del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica LATIN IURIS, Dr. Damián Armijos, quien me propuso exponer brevemente algunos “Principios que guían la interpretación constitucional”. En aquella ocasión, quise contextualizar y desarrollar mi exposición, sobre la base de hallazgos existentes, antecedentes y datos de revisión bibliográfica que fueron puntualizados hace bastante tiempo atrás por el ilustre profesor peruano Domingo García Belaunde, en su famoso ensayo titulado: “La interpretación constitucional como problema”²; ello para luego mostrar algunos avances de la doctrina constitucional contemporánea, aplicados al contexto boliviano.

En ese sentido, y considerando que la Constitución es una norma de características muy peculiares (Ley suprema y fundamental del ordenamiento jurídico), requiere la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre los que se destacan: el principio de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de eficacia integradora, de eficacia o efectividad, e inclusive el principio de favorabilidad o *in dubio pro libertate* (Durán, 2011); los cuales constituyen algunas de las ideas rectoras que en la actualidad siguen (o deberían seguir) las autoridades (judiciales o administrativas), al momento de abordar la labor interpretativa de las normas aplicables para los casos que les corresponde conocer y resolver en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, ¿cuándo surge el interés por la interpretación constitucional? ¿qué estudios se hicieron en los países latinoamericanos? ¿era un tema considerado relevante para la enseñanza universitaria? ¿existía alguna regulación normativa sobre la interpretación de la Constitución en Bolivia? Son cuestiones que a continuación intentaremos responder.

¹ La información básica sobre este importante Diplomado Internacional, incluyendo los materiales de lectura y videos de las exposiciones de los profesores en los distintos Módulos, ahora se encuentran disponibles en el Blog del Instituto Latin Iuris: <http://latin-iuris.blogspot.com/2022/04/diplomado-iberoamericano-en.html>

² Aquel ensayo constituye en realidad la brillante ponencia que el profesor García Belaunde presentó al “Simposio Internacional sobre Derecho del Estado”, organizado por la Universidad Externado de Colombia (Santafé de Bogotá, 4-7 de mayo de 1993), conjuntamente con el patrocinio de otras instituciones. Y es el resumen de diversas conferencias impartidas tanto en Lima como en el exterior, así como de un cursillo que sobre el tema impartió en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Perú. Como tal, fue publicada en las correspondientes memorias (Universidad Externado, 1993: 647-676); y luego, con diversas correcciones, fue reproducida en otras revistas especializadas, tanto en España (García, 1994a) como en América Latina (García, 1994b). Luego de aquellas publicaciones, el tema también fue presentado por su autor en la “Primera Convención Latinoamericana de Derecho”, que fue organizada por diversas instituciones académicas del Perú, durante los días 20 al 24 de noviembre de 1995 en la cálida ciudad de Ica (Palomino y Velásquez, 1997: 99-132). “Si bien en esa época –agrega García Belaunde– eran muy pocos los constitucionalistas que abordaban el tema, en los últimos años han menudeado las publicaciones sobre la materia, tanto en los países europeos como en la América Latina (para referirnos a lo nuestro, baste citar por todos el monumental Tratado de Interpretación Constitucional, publicado por Segundo V. Linares Quintana, en Buenos Aires y en 1998, a cargo de la Editorial Abeledo-Perrot). Por cierto, que todo lo publicado desde 1993, constituyen aportaciones que en su momento habrá que considerar. No obstante, ello y pese al tiempo transcurrido, pienso que mi trabajo, en sus lineamientos esenciales, es todavía rescatable, motivo por el cual he accedido al pedido de mi buen amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor para reproducirlo nuevamente, con algunas ligeras correcciones que no afectan ni el fondo del texto, ni tampoco la fecha en la cual fue concluido” (García, 2006).

En ese propósito, debo admitir que el tema de la interpretación constitucional es uno que siempre ha llamado mi atención, tanto por su amplitud de contenidos, como por la diversidad de autores que lo han abordado desde diferentes perspectivas de análisis, aunque sin embargo, no existen estudios específicos sobre el tema que se hayan realizado en Bolivia, salvo las contadas publicaciones que he podido encontrar; por ello, ahora he visto pertinente y necesario recopilar algunos aspectos poco conocidos acerca de la aparición del tema de la interpretación constitucional en Latinoamérica, incorporando además algunos datos históricos que he logrado indagar personalmente, sobre lo que fue la enseñanza básica de la interpretación jurídica en Bolivia, ello con el objetivo de describir el panorama normativo y las características de las leyes interpretativas que fueron sancionadas por mandato constitucional durante gran parte del siglo XX hasta comienzos del siglo XXI en el país, haciendo énfasis en el resurgimiento de la interpretación constitucional especializada, sin descuidar los avances de la jurisprudencia constitucional sobre esta temática.

II. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN

Domingo García Belaunde considera que el problema de la interpretación surge con la codificación en el siglo XIX, si bien no se puede negar la existencia de enfoques filosóficos y dogmáticos de más antigua data (que se remontan al Derecho Romano y luego a los glosadores y postglosadores).

Pero, en rigor de verdad, la interpretación jurídica, como algo orgánico y estructurado, aparece en el siglo XIX, aunque este esfuerzo se da alrededor del Derecho Privado, más propiamente, del Derecho Civil. Y esto por muchas razones: en primer lugar, es la rama más antigua del Derecho, que se remonta a la época romana, y, además, es la que más influencia tiene en la vida de la sociedad y de la que se han derivado todas las demás ramas jurídicas. Por otro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras Constituciones, éste no fue precisamente el siglo del constitucionalismo, sino por el contrario, de su negación, y más aún, de la lucha por implantarlo. Tampoco fue el siglo de los grandes tratados en materia constitucional, los que se configuraron recién al finalizar el siglo XIX, y más propiamente a principios del siglo XX.

Por tanto -según afirma García Belaunde-, no había demasiado interés, ni político, ni práctico, ni académico, en hacer interpretación constitucional. “Aún más, se pensaba que la interpretación que se usaba en el Derecho Privado, era la misma para todos los ámbitos del Derecho y, por tanto, no se percibía la peculiaridad de la interpretación constitucional. Este era el panorama en el mundo europeo-continental, que se apreciaba también en la América Latina”.

No obstante, el profesor García Belaunde advierte también que el interés por la interpretación constitucional³, crece cuando hay contornos que la favorecen, y que curiosamente surgen tan sólo después de la Segunda Guerra Mundial: democratización política en diversos países, surgimiento de entes con características especiales como los tribunales constitucionales⁴, auge de los derechos humanos, retorno a la democracia en muchos países

³ Actualmente, existe un *Curso de Interpretación Constitucional* estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Teoría de la Constitución e Interpretación Constitucional, cuyos materiales de estudio se encuentran en la Biblioteca Digital de la Academia de la Magistratura del Perú, disponible para descarga y lectura en: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/711>

⁴ Un breve análisis sobre la notable expansión de los mecanismos de justicia constitucional, a través de las reformas constitucionales emprendidas durante las décadas de los años 80's y 90's, especialmente en América Latina, puede encontrarse en el trabajo de Pablo Pérez Tremps (2003). Y acerca de la implementación de tribunales constitucionales, prácticamente en todos los países de América Latina, y la consiguiente coexistencia de distintos modelos de control de constitucionalidad

de la América Latina (desde 1982, en el caso de Bolivia), procesos de integración regionales, globalización de la economía, etc.

III. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA SOBRE LOS ESTUDIOS REALIZADOS EN AMÉRICA LATINA (1949 - 2005)

Según lo indagado por García Belaunde, probablemente el primer libro que se publicó sobre la materia corresponde al autor Eloy G. Merino Bríto: *La interpretación constitucional* (La Habana, Ed. Jesús Montero, 1949), que, si bien destacó la peculiaridad de la interpretación constitucional, presenta interesantes reflexiones teniendo como base la jurisprudencia norteamericana en materia constitucional, aunque al parecer no fue muy lejos en sus investigaciones.

Sin embargo, poco después, en la Argentina, se destaca el notable esfuerzo realizado por el profesor Segundo V. Linares Quintana, quien en la primera edición de su monumental *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Linares, 1953) dedica un especial tratamiento al tema de la interpretación, lo cual era realmente inusual para esa época, ya que aún ahora son poco frecuentes los manuales o tratados de Derecho Constitucional, que dedican un tratamiento especial a la interpretación (no sólo en la América Latina, sino también en Europa).

Hay que destacar también el mérito de Linares Quintana, pues años más tarde introduce la voz «*interpretación constitucional*» en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* (1967), quizá la más completa de su género en el idioma castellano⁵.

Lo importante de destacar aquí, es que alrededor de la década de los setenta, se incrementa el interés por la materia interpretativa. Así, en 1972, Jorge Tapia Valdés publica un interesante libro sobre *Hermenéutica constitucional* (1972), y poco después el “Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional”, celebrado en 1973 en Guadalajara, dedica una de sus secciones al mismo tema, participando destacados constitucionalistas mexicanos y

dad, puede consultarse (García, 2004). Así también, un análisis sobre los múltiples problemas que atraviesa el desarrollo progresivo de la Jurisdicción Constitucional en esta parte del continente puede verse en el breve trabajo de Néstor Pedro Sagüés (2004). Por otro lado, para conocer un panorama reciente sobre el papel de los Jueces Constitucionales en América Latina, y la capacidad de las Cortes y Tribunales Constitucionales, de proteger derechos individuales y arbitrar conflictos entre las ramas del gobierno, resulta de mucha utilidad consultar la interesante obra de (Helmke y Ríos, 2010). Asimismo, un interesante ensayo que analiza los retos de la justicia constitucional latinoamericana, poniendo a prueba las posibilidades de fortalecimiento de sus (anhelables) roles de defensa de la Constitución, puede encontrarse en el trabajo de Víctor Bazán (2012). Es destacable también, el amplio análisis acerca de la evolución institucional de la jurisdicción constitucional en el ámbito geográfico de América del Sur, desde modelos de jurisdicción constitucional difusos en manos de tribunales ordinarios de justicia, hasta sistemas mixtos que incorporan el control concentrado de constitucionalidad, que puede encontrarse en (Nogueira Alcalá, 2013). Finalmente, es muy importante el aporte del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, que ha difundido la versión digital de la obra colectiva sobre Tribunales y Justicia Constitucional; una obra que consta de dos partes: Mirada comparada a los tribunales constitucionales y Corte Constitucional colombiana. El ensayo y error en la justicia constitucional (Estupiñán, Hernández y Jiménez, 2017). También resulta de mucha utilidad, el volumen colectivo editado el mismo año, que describe los diversos sistemas y modelos de justicia constitucional existentes en el Derecho Comparado (Mezzetti y Velandia, 2017).

⁵ Y fue posteriormente, ya en la década de los años 90's que este autor argentino publicó un muy documentado y grueso volumen titulado: “Tratado de la Interpretación Constitucional” (Linares, 1998).

extranjeros, como Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Rolando Tamayo y Salmorán, James Clifford Grant y Humberto Quiroga Lavié⁶.

Con posterioridad hay que mencionar algunos trabajos valiosos, como el de José Alfredo de Oliveira Baracho (“Hermenêutica constitucional”, en *Revista da Faculdade de Direito*, Minas Gerais, N° 18, maio de 1977) y más recientemente a Luis Carlos Sábica (*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Edit. Temis, Bogotá 1980); Germán J. Bidart Campos (*La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Edit. Ediar, Buenos Aires 1987); Néstor Pedro Sagüés (“La interpretación constitucional mutativa”, en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) No. 16, 1980, y “La interpretación de la Constitución (Poder Judicial versus Poder Constituyente)”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, Lima, No. 7, 1991); Gustavo Planchart Manrique, “Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 119-120, Caracas 1990; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo 1992, Editora Saraiva, tomo 5, pp. 1-90, y Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo 1993.

Finalmente, se pueden mencionar también algunos de los más importantes esfuerzos hechos en España en relación con este tema; en primer lugar, los trabajos de Pablo Lucas Verdú, desde la década del sesenta (cfr. *Curso de Derecho Político*, Edit. Tecnos, Madrid 1974, tomo II; y *El sentimiento constitucional*, Edit. Reus, Madrid 1985); así como el de José Zafra Valverde, Antonio E. Pérez Luño, y ensayos y monografías de Nicolás López-Calera, Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente, M. Rodríguez Molinero, Luis Prieto Sanchís, Manuel Aragón, Miguel Beltrán, Modesto Saavedra, Juan A. Santamaría Pastor, Teresa Freixes Sanjuán, y dos importantes libros: el de Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid 1984, y el de Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid 1988.

Una década más tarde -desde aquella última publicación-, nuevamente destaca el notable trabajo del profesor *Segundo V. Linares Quintana*, quien publica la primera edición de su monumental *Tratado de Interpretación Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998), que se divide en dos partes: la primera parte donde desarrolla la teoría general de la hermenéutica constitucional, y una segunda parte específicamente referida a la metodología de la interpretación constitucional, desarrollando los métodos y enfoques interpretativos, incluyendo además un Apéndice con otros escritos adicionales del autor.

En lo relacionado con el Perú –según considera García Belaunde–, el tema es novísimo. Por cierto, al igual que en otras latitudes, ha sido monopolizado por los cultores del Derecho Civil y de la Filosofía del Derecho. En materia filosófica, cabe resaltar los trabajos de Mariano ibérico (cfr. “Principios de lógica jurídica”, Lima 1944; reimpresión en “*Ius et Praxis*”, núm. 16, Lima, 1990); Francisco Miró-Quesada C., “El formalismo y las ciencias normativas” en *Diánoia*, núm. 2, 1956 y Mario Alzamora Valdez (cfr. “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Lima 1964). En el Derecho Privado, es importante el ensayo de José León Barandiarán (cfr. “Interpretación de la ley”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1952. Un último ensayo valioso en el mundo iusfilosófico es el de Carlos Thorne Boas (cfr. “La interpretación de la ley”, Lima 1989).

A nivel estrictamente constitucional, el primer texto que se publica sobre la materia (en Perú), es de Aníbal Quiroga León, “La interpretación constitucional”, (*Revista Derecho de la PUCP*, núm. 39, Lima, 1985), que es una inteligente glosa de Hesse, a quien contribuyó a

⁶ Las ponencias de aquel evento fueron publicadas en el volumen colectivo titulado: *La interpretación constitucional* (Carpizo, 1975).

difundir. Con posterioridad debe citarse el libro conjunto de Enrique Bernal y Marcial Rubio (cfr. *Constitución: fuentes e interpretación*, Lima, 1987) que dedica todo un capítulo al tema de la interpretación constitucional, aun cuando incurre en descuidos doctrinarios. De interés es también el texto de Armando Calmet Luna, “La interpretación constitucional” en *Dominici*, núms. 1-2, marzo, Lima, 1988. Recientemente, dentro de un contexto mayor, se encuentra el libro de Víctor Julio Ortecho Villena (cfr. *Criterios de aplicación de las leyes*, Trujillo, 1991)⁷.

Y cabe agregar el aporte de la Comisión Andina de Juristas, que en su Serie de Lecturas sobre temas constitucionales N° 13, publicó un texto específicamente dedicado a analizar los derechos fundamentales en relación con la interpretación constitucional que realizaban en aquella época la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Perú (cfr. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, 1997).

A nivel latinoamericano, también es importante anotar, por su amplio alcance y variedad de enfoques, el libro colectivo sobre *Interpretación Constitucional*, compilado por el profesor mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2005), y que reúne más de 80 colaboraciones de autores latinoamericanos y europeos, presentando un panorama amplísimo sobre lo que el concepto significa, y que es uno de los mejores del idioma (García, 2009: 347).

Luego de esta breve revisión, se hace evidente esta acertada deducción del profesor García Belaunde:

“La conclusión que sacamos es que el tema de la interpretación constitucional no tuvo ninguna importancia en el siglo XIX, y a lo más se entendía que era un problema para civilistas y filósofos del Derecho, pues se pensaba que las categorías elaboradas por estas disciplinas, eran más que suficientes. En términos generales, la misma situación se daba en Europa y en los Estados Unidos, y por cierto de manera más acusada en la América Latina. Cabe expresar adicionalmente que el tema ha tenido un súbito despertar a partir de la segunda posguerra, en donde empieza un desarrollo lento pero indetenible, que se incrementa en forma sustanciosa y por demás creadora, a partir de la década de 1960. Hoy se es consciente de que la interpretación constitucional existe y es necesaria, pero no está del todo aceptado que sea realmente un problema” (García, 2006).

IV. LA ENSEÑANZA RUDIMENTARIA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN EL PAÍS

En el caso de Bolivia, el estudio de la interpretación como tal, es también muy reciente, y se mantiene casi inexplorado, dado que durante el siglo pasado y hasta hace algunos años atrás, en la mayoría de las Facultades de Derecho del país, el tema era relativamente desconocido o solo superficialmente mencionado, sin haberse advertido la necesidad de profundizar o realizar un mayor análisis.

Así por ejemplo, en el manual de Introducción al Derecho, escrito por el profesor boliviano Jaime Moscoso Delgado (que fue publicado en la segunda mitad del siglo XX, con sucesivas ediciones hasta finales de la década de los años 90's), se destinaba un solo capítulo referido a la técnica de aplicación del Derecho, en cuyo contenido se desarrollaba básicamente: la interpretación y producción de normas subordinadas, el sentido propio y evolutivo de la norma, métodos de interpretación: a) gramatical; b) *ratio juris*; c) integración sistemática; d) concierto con la realidad social; y, e) la justicia, criterio decisivo.

⁷ Como aprecia García Belaunde, el interés por el estudio de la interpretación constitucional ocurre tan sólo a partir de 1985, y en forma por cierto limitada. Sin embargo -y como se verá más adelante-, en el caso de Bolivia, el interés por estudiar la interpretación de la Constitución, no se manifestó sino aproximadamente una década después.

Asimismo, se debe hacer notar que en los primeros Manuales sobre Derecho Civil que se utilizaban a nivel universitario durante gran parte del siglo XX, tales como: “Derecho Civil Boliviano” (1958) elaborado por el entonces catedrático de la materia en la UMSA, Dr. Carlos Terrazas Torrez; los famosos “Apuntes de Derecho Civil Boliviano” (1969) escritos por el ilustre profesor y jurista boliviano, Dr. Raúl Romero Linares; el libro de “*Derecho Civil*” (1983) publicado por el Dr. Raúl Romero Sandoval (descendiente del anterior); las “Lecciones de Derecho Civil” (1988) elaboradas por el Catedrático de la Academia Nacional de Policías, Dr. Raúl Jiménez Sanjinés –que ciertamente constituyen los textos más significativos y didácticos que se han escrito sobre la materia en Bolivia, durante el siglo pasado–; solamente hacían referencia de manera muy general sobre la interpretación de la Ley, a fin de denotar su relevancia en materia civil, siguiendo además los clásicos métodos de interpretación del profesor Friedrich Karl von Savigny (ello principalmente porque el Código Civil Boliviano era una copia del Código Civil francés del siglo XIX), quien sostenía que para interpretar la Ley, básicamente se debían utilizar al menos cuatro métodos: el gramatical, lógico, histórico, y el sistemático.

Estas premisas básicas del Derecho Civil fueron luego trasplantadas también al ámbito penal, lo cual se vio claramente reflejado en los primeros estudios sobre Derecho Penal en el país. Ello se puede apreciar, por ejemplo, en los famosos “Apuntes de Derecho Penal Boliviano” (1966), escritos por deslumbrantes catedráticos de la materia en aquella época, como fueron los Doctores Huáscar Cajías y Benjamín Miguel, quienes consideraban que interpretar la ley, consiste en fijar los exactos límites y la significación de ella; es descubrir su sentido y reconocer los alcances que tiene. “La tarea interpretativa no es excepcional sino sumamente corriente; cualquier exposición de Derecho Penal la exige. Es indispensable para el juez, cuando busca aplicar la ley a cada caso concreto”. Sin embargo, estos autores también eran enfáticos al sostener que los límites de la interpretación penal están dados por la ley misma; dejando en claro que no se puede ir más allá de lo que ella dispone pues se incurriría al menos en dos errores: “1) El destruir el principio de legalidad, que rige entre nosotros y que es esencial como garantía. 2) El de convertir la tarea interpretativa en tarea legislativa, lo que es inadmisibles”.

Posteriormente, los libros de Derecho Penal escritos individualmente, tanto por el prestigioso Catedrático de Derecho Penal de la UMSA, Dr. Benjamín Miguel Harb (†) (Parte general, 1987; Parte especial, 1988)⁸; como también por el notable Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Católica Boliviana, Dr. Fernando Villamor Lucía (†) (Parte general, 1995; Parte especial, 1985), constituyeron manuales indispensables que guiaron por muchos años la enseñanza-aprendizaje de la materia en varias Universidades del país. Entre los temas que eran abordados en el contenido de la Parte General de estos manuales universitarios, se encontraban por ejemplo: Concepto de Derecho Penal, Evolución histórica del Derecho de Castigar, Historia del Derecho Penal Boliviano, las Escuelas Penales, las fuentes del Derecho Penal: la Ley Penal, la Validez de la Ley Penal en el tiempo, en el espacio, y en relación a las personas, el Delito y sus elementos: Acción, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad, y finalmente el *iter criminis* o vida del delito.

⁸ Por su enorme utilidad conceptual y contenido didáctico, estas obras del profesor Miguel, pronto se convirtieron en libros de lectura indispensable para la enseñanza y aprendizaje de la materia durante la década de los años 90’s en la Facultad de Derecho de la UMSA, llegando a su sexta y última edición actualizada en el año 1998 (incluyendo en su contenido una somera explicación sobre los alcances de la reforma penal boliviana de 1997), forjando así eficazmente los conocimientos de muchas generaciones de profesionales Abogados que se formaron en esa casa superior de estudios. Sin embargo, y ante las constantes reformas posteriores que se fueron insertando en el Código Penal boliviano a partir de 1999, estos textos quedaron levemente desactualizados, aspecto que no pudo remediarse a tiempo, ante el sensible fallecimiento de su autor en el año 2008.

Sin embargo, el profesor Miguel dedicaba solamente un breve capítulo para desarrollar el tema de la Interpretación de la Ley Penal, bajo la premisa de que el principio de legalidad tal como lo planteaba Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria (Milán, 1738 – 1794), es una valla infranqueable que se opone a la interpretación, “por el peligro que representa para este autor, el dejar dependiente de la interpretación incluso la libertad, pero él entendía la interpretación en un sentido distinto, no quería que la ley sea considerada en un sentido extensivo para abarcar conductas no comprendidas en el texto, para eliminar el arbitrio judicial de la época”. En el mismo sentido se pronunciaba el profesor español Eugenio Cuello Calón, quien en su manual sobre Derecho Penal señalaba que: “el juez al aplicar la ley al caso concreto ha de averiguar su sentido y su finalidad, ha de interpretarla; en esto consiste la interpretación, en determinar la voluntad de la ley”. Esta cita realizada por el profesor Miguel, se complementaba con el argumento que desde el momento que la ley está en vigencia tiene su propio ser, independientemente de la voluntad y ser del legislador que la crea; por lo cual “sobre la voluntad propia de la ley versa la interpretación y no sobre lo que dijo o quiso decir el legislador. Interpretar es fundamentalmente conocer con criterio lógico” (Miguel, 1987).

En todo caso, creemos que el precario abordaje del tema de la interpretación de la ley penal en los primeros textos universitarios, se debe probablemente a la influencia de lo expuesto en las principales fuentes bibliográficas existentes sobre la materia en el tiempo de su aparición, y que necesariamente fueron consultadas para la exposición y desarrollo del tema, como es el caso del “Tratado de los Delitos y de las Penas”, de Cesare Beccaria⁹; siguiendo también las clases de interpretación que pregonaba el famoso penalista español Don Luis Jiménez de Asúa¹⁰, quien en sus estudios sobre “La Ley y el Delito” –publicados originalmente en la primera mitad del siglo XX–, sostenía que la interpretación se divide conforme al sujeto que la hace, a los medios que se emplean y al resultado a que se llega. Conforme al sujeto, puede ser auténtica, doctrinal y judicial. Según los medios usados será literal y teleológica. Y de acuerdo con los resultados, podemos considerarla declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva; todo ello siempre en concordancia con los clásicos postulados de interpretación señalados por Savigny¹¹. Así también, es evidente la utilidad que prestó aquel antiguo manual de Derecho Penal escrito durante la década de los años 50’s por el profesor español

⁹ Cajías y Miguel (1966), entendían por ejemplo que la tarea interpretativa no es excepcional, sino sumamente corriente; sin embargo, y pese a que ello era una realidad, admitían que la interpretación ha tenido enemigos; “por ejemplo, lo era Beccaria, cuando negaba al juez la facultad de, interpretar la ley. Sin embargo, es obvio que Beccaria tomaba la palabra interpretación en sentido distinto; lo que él trataba era de evitar la extensión de la ley hasta cubrir conductas no preestablecidas como delitos; o sea, deseaba poner atajo al arbitrio judicial tal como se lo practicaba el siglo XVIII. La necesidad de la interpretación no es discutida hoy porque a fin de cuentas allá busca simplemente que la ley sea comprendida”. Asimismo, enseñaban que la interpretación puede clasificarse desde tres puntos de vista: “a) Según el sujeto u órgano que la realiza, puede ser: 1) Auténtica; 2) Judicial y 3) Doctrinal. b) Según los medios que se emplean, puede ser: 1) Gramatical; 2) Lógica y 3) Sistemática. c) Según el objetivo a que se pretende llegar, puede ser: 1) Declarativa; 2) Restrictiva y 3) Extensiva”.

¹⁰ Luis Jiménez de Asúa nació en Madrid el 19 de junio de 1889 y murió en el exilio, en Buenos Aires, a los 81 años de edad, el 16 de noviembre de 1970. Un perfil biográfico acerca de la trayectoria política y académica del profesor español puede verse en (Laveaga, 2018: 163-172).

¹¹ “En suma: es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo, no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla, ya que al hacer el cotejo de su contenido con el hecho real se precisa un proceso de subsunción al que contribuyen los órganos interpretativos –a veces el legislador, con eficacia obligatoria, el científico y siempre el juez– con medios literales o teleológicos y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos. A menudo, los Códigos civiles dan normas interpretativas que pueden ser aplicadas al Derecho penal, aunque teniendo en cuenta su especialidad” (Jiménez De Asúa, 1958: 101).

Eugenio Cuello Calón, cuya sistemática –plasmada y adecuada al contexto boliviano por el profesor Miguel– sirvió de base para estructurar el programa oficial de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, en la ciudad de La Paz.

Fuera de esos ámbitos de estudio, era muy raro, desconocido y tal vez hasta “paradójico” hablar de interpretación en general y/o de interpretación constitucional en el ámbito boliviano (menos con la comprensión y alcance que tiene el tema en la actualidad)¹², dado que durante mucho tiempo la Constitución en nuestro país, era reformada y aprobada solo para revestir de legalidad a los gobiernos de facto que asaltaban el Poder Ejecutivo, y en consecuencia, era considerada solo como un “programa político”, es decir, una mera declaración de principios, con algunos derechos reconocidos literalmente sin mayor relevancia, dado que las garantías jurisdiccionales para hacerlos efectivos frente a las autoridades –como es el caso del *habeas corpus* y el *amparo constitucional*–, recién se pusieron en vigencia a partir de 1938 y 1967, respectivamente; sin olvidar además que la garantía jurisdiccional del *habeas data* no fue parte de los mecanismos de tutela, sino hasta la reforma constitucional de 2004, vale decir, a comienzos del nuevo siglo XXI.

V. EL MANDATO CONSTITUCIONAL Y SU ORIGEN LEGISLATIVO

En el caso de nuestro país –y como se verá más adelante–, se debe precisar que el único órgano de poder que tenía la potestad de interpretar el alcance de las normas de la Constitución era el Poder Legislativo. En efecto, a través de la reforma constitucional de 1839, se decidió otorgar al Congreso Nacional, la facultad de resolver todas las dudas sobre la “inteligencia” o comprensión de los artículos de la Constitución, a través de leyes interpretativas.

Entonces, lo que existía en Bolivia –y así se enseñaba de manera muy superficial en algunos manuales clásicos de Derecho Público o Constitucional que se difundieron durante el siglo XX–, era una interpretación “política”, a la que constantemente se hallaba sometida la Constitución; y con ello nos referimos específicamente a la interpretación que realizaban de manera exclusiva los miembros del Congreso Nacional (diputados y senadores), quienes al sancionar “Leyes interpretativas” por mayoría de votos, decidían el significado y la comprensión que debería dársele a las normas previstas en la Constitución boliviana.

Esta situación es comprensible, si tenemos en cuenta que así se manifestó también en el contexto europeo del siglo pasado, confirmando aquella “tradicional ausencia de la interpretación del Derecho Constitucional” a que se refería el profesor español Javier Pérez Royo en

¹² Cabe precisar que en la actualidad existen muchos autores que han desarrollado el tema con bastante solvencia y análisis nuevos. Valga citar por todos, a Riccardo Guastini, quien ha sido profesor de Derecho Constitucional y actualmente es catedrático de Filosofía del Derecho y director del Dipartimento di Cultura Giuridica «Giovanni Tarello» de la Universidad de Génova; co-fundador y director de importantes revistas como *Ragion Pratica* y *Analisi e diritto*. Ha sido profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), Cardozo School of Law (Nueva York) e Institut des Hautes Études Internationales (París). Entre sus obras más importantes destacan *Dalle fonti alle norme* (1991), *Distinguiendo* (1999), *Estudios de teoría constitucional* (2001, <https://bit.ly/3dZjwfy>), *Estudios sobre la interpretación jurídica* (2004, <https://bit.ly/3PU2tZM>), y *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (2008, <https://bit.ly/3dZiPiI>). Entre sus trabajos recientes, es recomendable consultar (Guastini, 2015: 2011-2086). Por otro lado, son también destacables los estudios del profesor alemán Peter HÄBERLE con su trabajo sobre “*Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*” (2010), donde el autor se refiere al Derecho comparado como «quinto método de interpretación jurídica», a la importancia que debe darse al contexto cultural en el ámbito de la interpretación constitucional, y a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Finalmente, para analizar el contexto interpretativo boliviano, es de utilidad consultar el estudio sobre la interpretación final de la Constitución en Bolivia, escrito por (Arias, 2018).

su “Curso de Derecho Constitucional”, al sostener que la interpretación brilla por su ausencia desde los orígenes del Derecho Constitucional a comienzos del siglo XIX, hasta por lo menos los años cincuenta del siglo XX; y al efecto explica lo siguiente:

“Basta consultar los Manuales o Tratados de Derecho Constitucional del siglo pasado, o de las primeras décadas de este, para comprobarlo. Ninguno de ellos contenía no ya una lección, sino ni siquiera un apartado dedicado a la interpretación de la Constitución. Se trataba de una cuestión inexistente. A nadie se le ocurrió que ahí pudiera haber un problema y, en consecuencia, a nadie se le pasó por la imaginación incluirlo en la exposición. Esta ha sido la tradición europea en la Ciencia del Derecho Constitucional. (...) En realidad, la ausencia de la interpretación del Derecho Constitucional es una consecuencia insoslayable del principio de *soberanía parlamentaria* importado de Inglaterra en el continente europeo a lo largo del siglo XIX. Si el Parlamento es soberano y no hay límites jurídicos para su manifestación de voluntad, la Constitución solo puede tener una *interpretación política*: la que hace el Parlamento al dictar la ley. La Constitución es un documento político que está a disposición del legislador, que lo interpreta políticamente, porque es de la única manera que un Parlamento puede hacerlo” (Pérez, 2014: 96-97).

VI. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES REALIZADOS EN BOLIVIA DURANTE EL SIGLO XX

Similar situación se presentaba en los estudios constitucionales realizados en Bolivia durante gran parte del siglo XX, en donde la interpretación de la Constitución era un tema desconocido, poco comprendido, y en realidad solamente era invocado en la medida de su utilidad y conveniencia para conseguir los fines políticos del gobierno de turno en aquella época.

Entre los estudios realizados sobre este tema durante la primera década de aquel siglo, se puede señalar, por ejemplo, el escrito por el Doctor Luis Paz¹³ quien publicó un amplio estudio sobre Derecho Público Constitucional boliviano, titulado: “Constitución Política de la República de Bolivia. Su texto, su historia y su comentario” (1912), texto que constituye en realidad un comentario exegético -con cita de algunos antecedentes históricos- de las normas de la Constitución de mil ochocientos setenta y ocho (con las modificaciones vigentes en el tiempo de su publicación), y en donde el autor se mostraba convencido de que: “La constitución de un país no puede ser la obra de una sola época ni de un solo hombre. Trazar una constitución es poca cosa: el gran arte es el de apropiarse a los hombres a la ley que ellos deben amar”.

El doctor Paz era consciente de la necesidad de estudiar lealmente la Constitución Política:

“tomando cada una de sus prescripciones desde su origen, siguiéndolas en su tradición, en los debates o controversias a que ha dado lugar en nuestra historia, apelando a las fuentes legítimas de su interpretación y comentario, ocurriendo a los maestros de nuestro derecho constitucional” –y de esa manera, el autor justificaba con claridad la estructura y plan de su obra–; siendo destacable su noble propósito, consistente en que “el pueblo estudie y aprenda a deletrear y a amar la cartilla de sus derechos y garantías, para que la practique honradamente y la defienda de las tiranías”.

¹³ El Dr. Luis Paz, fue un esclarecido hombre público, que prestó relevantes servicios al país como político, historiador y presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia (1920). De ahí que, ante su sensible fallecimiento, se emitió la Ley de 6 de octubre de 1928, por la cual se declaró duelo de tres días en la República, para tributarle los honores de Capitán General, de acuerdo con las ordenanzas militares; asimismo, el Poder Ejecutivo estaba encargado de dictar las disposiciones convenientes para las solemnes honras fúnebres que se tributarían al ilustre extinto.

Asimismo, el autor daba cuenta que en 73 años (de 1826 a 1899) “se ha constituido doce veces la República de Bolivia, sin que hasta ahora se haya llegado a afianzar el régimen constitucional, en toda su verdad” (*sic*); y reflejaba crudamente la realidad y la falta de vigencia de la Constitución, al señalar que en nuestro país: “nosotros hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias, revocándolas y dando otras en su lugar. Nuestras constituciones han caído a golpe de sable: no hemos entendido lo que es reforma o adición, ni interpretación; para remediar la violación de un artículo, los hemos derogados todos”. Por ello, explicaba también que:

“se remedian los defectos de la Constitución, no por la abrogación ni por las reformas intempestivas, sino por la interpretación. Para ello tienen expedito, las cámaras legislativas, el recurso que les franquea el artículo 136, de resolver cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno o algunos artículos de la constitución, si se declaran fundadas por dos tercios de votos” (Paz, 1912: 486).

Años más tarde, y en las aulas de la Facultad de Derecho durante la década de los años 50's, el destacado constitucionalista Don Ciro Félix Trigo¹⁴ enseñaba que nuestra Constitución no solo dispone el procedimiento para la revisión constitucional; sino que prevé también la interpretación de los artículos deficientes, ininteligibles o ambiguos¹⁵. Así, por ejemplo, el art. 181 de la Constitución (reformada en 1947), establecía que las Cámaras Legislativas:

“podrán resolver cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno o algunos artículos de la Constitución, si se declaran fundadas por dos tercios de votos, observándose en lo demás las formalidades prescritas para una ley ordinaria. Las leyes interpretativas, no pueden ser observadas por el Presidente de la República”¹⁶.

¹⁴ Una nota periodística, con algunos datos bio-bibliográficos acerca de la vida, obra y pensamiento del Dr. Ciro Félix Trigo, ahora pueden encontrarse en mi Blog jurídico: <https://bit.ly/3bKRDXU>

¹⁵ En realidad, esa concepción sobre la utilidad de la interpretación para determinados casos, corresponde a una visión reduccionista de la interpretación constitucional, que en su momento fue acertadamente criticada por el profesor José Antonio Rivera, quien precisamente nos informa que respecto a la oportunidad o los casos en que se debe realizar la interpretación constitucional, existen corrientes reduccionistas que sostienen la tesis de que sólo debe efectuarse cuando la norma constitucional es confusa, ambigua o imprecisa (entre ellos Konrad Hesse, quien señalaba que la interpretación constitucional en sentido estricto solo se da cuando existe un problema sobre el significado de sus normas que la Constitución no puede resolver de forma inequívoca); frente a lo cual, el autor concluyó señalando lo siguiente: “No compartimos la posición reduccionista antes señalada, porque consideramos que la aplicación de una norma constitucional a un determinado caso requiere de una interpretación para establecer el sentido y alcance de la norma, contrastándola con la dimensión histórica, social y económica, entonces se puede afirmar que aun siendo clara y precisa la norma constitucional para aplicarla correctamente, se debe interpretarla” (Rivera, 2001: 81).

¹⁶ Esta norma, ciertamente tiene su origen en la reforma constitucional de 1839, cuando se decidió otorgar al Congreso Nacional, la facultad de resolver las dudas sobre la “inteligencia” o comprensión de algunos artículos de la Constitución a través de leyes interpretativas, para lo cual se requería necesariamente el apoyo de dos tercios de votos de sus miembros, no pudiendo ser dichas leyes observadas por el Presidente de la República. En explicación del profesor Valencia Vega, esta norma establecía lo que se llama interpretación auténtica o legislativa para las leyes constitucionales demasiado amplias o demasiado breves en su texto, y siendo que dichas leyes eran formuladas directamente por el Poder Legislativo, “no están sometidas a la potestad de veto del Poder Ejecutivo, porque no es atribución de éste la interpretación de las leyes, sino su aplicación o ejecución” (Valencia, 1964: 465). Este entendimiento se mantuvo vigente hasta la reforma constitucional de 1967 -reformada posteriormente en 1994 y 2004- que en su art. 234 disponía expresamente que: “Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República” (Galindo De Ugarte, 1991: 652-653).

“Tenemos así –justificaba el profesor Trigo–, que la determinación precisa de un precepto constitucional en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la justicia”.

De ello se puede deducir, que en aquella época era muy remota -y casi impensable- la posibilidad de realizar una interpretación judicial de la Constitución¹⁷.

Entonces, y sobre la base de dicho mandato constitucional vigente en aquel tiempo, el profesor *Ciro Félix Trigo* afirmaba que el Poder Legislativo era el único con capacidad para interpretar las normas constitucionales, “ya que las leyes ordinarias son interpretadas por el Poder Judicial mediante la jurisprudencia en su aspiración creadora de Derecho”, por lo cual consideraba que dicha instancia legislativa gozaba de una prerrogativa singular, de la que está obligado a hacer el mejor y más discreto uso: “porque si no observa una conducta severa al ejercer esta facultad, podría ocurrir que la arbitrariedad sea amparada por la interpretación, llegándose a extremos en que baste una simple discrepancia de criterio para que se pretenda vulnerar la rigidez e inmutabilidad de las reglas fundamentales”.

Como se puede apreciar, si bien este autor reivindicaba la potestad interpretativa del Poder Legislativo establecida por mandato constitucional, sin embargo -y con notable sabiduría proveniente de sus estudios constitucionales y experiencia parlamentaria-, aconsejaba también un uso sereno (alejado de pasiones políticas momentáneas) y prudente (con sensatez necesaria) de dicha facultad. Por ello, Trigo consideraba que la interpretación constitucional “es un medio adecuado para remediar las insuficiencias de los preceptos, a fin de alcanzar el perfeccionamiento de los procedimientos, confirmar el contenido de las normas supremas y determinar cuáles son los límites de su validez” (Trigo, 1952: 53-54).

Finalmente, cabe destacar el pensamiento de este gran constitucionalista boliviano, quien llevaba mucha razón cuando en su comentario de análisis a cada reforma constitucional (a través de sus Constituciones comentadas, publicadas en sucesivas ediciones desde 1945 hasta 1967), dejaba claramente establecido el deber fundamental de todo ciudadano(a) boliviano:

“Jurar la Constitución, guardar fidelidad a sus preceptos, divulgarla, respetarla e interpretarla con altruismo, es deber ineludible de todo ciudadano y al que no se puede ni se debe renunciar. Su observancia nos engrandecerá y el amor que por ella sintamos nos dignificará, convirtiéndonos en fortaleza inexpugnable a la tiranía y al caos”. (República de Bolivia, 1967: 25-33)¹⁸.

¹⁷ Esta temática, solamente fue analizada y abordada con bastante solvencia, en las publicaciones que surgieron recién en la década de los años 90's: (Carmona, 1996), (Sagüés, 1998).

¹⁸ Con posterioridad a esta última publicación de su autoría, se comunicó el fallecimiento de este notable jurista en la ciudad de Buenos Aires (mientras ejercía el cargo de Embajador de Bolivia, en Argentina), y como un póstumo homenaje a la memoria del Dr. *Ciro Félix Trigo*, el Gobierno Nacional emitió el Decreto Supremo 8157 del 26 de noviembre de 1967, a través del cual declaró “duelo nacional sin cierre de oficinas públicas ni suspensión de actividades particulares, el día lunes 27 de noviembre del presente año, debiendo izarse a media asta la enseña patria en todos los edificios públicos”. Y es importante rescatar el aporte de este jurista boliviano, dado que como bien ha precisado el analista político *Carlos Böhr*, no debe perderse de vista que *Ciro Félix Trigo* fue el responsable de la redacción del proyecto de Constitución de 1967, quien -sin lugar a dudas-, poseía información y doctrina actualizadas sobre teoría constitucional y derechos fundamentales. Ello, claro está, debido a que el 1 de diciembre de 1965, la entonces Junta Militar de Gobierno mediante Decreto Ley 7409, encomendó de forma expresa a *Ciro Félix Trigo*, la redacción de un Anteproyecto de Reformas Constitucionales, que sería sometido a revisión por una Comisión creada al efecto, “para luego ser enviado a consideración del próximo Congreso Constituyente”, según se dispuso expresamente. “Prueba incontestable de la versación de Trigo en el área de los

En la misma época, el Manual de Derecho Constitucional, publicado por el Dr. Alipio Valencia Vega, entonces Catedrático de Derecho Político y Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés -que estuvo vigente como texto universitario durante la segunda mitad del siglo XX-, contenía solo un capítulo dedicado a la elaboración de la ley, en donde se hacía referencia también a su interpretación, entendiendo la interpretación de la ley como la fijación de su sentido exacto, la determinación de sus verdaderos alcances y, sobre todo, la conciliación del contenido de la norma con la realidad social vigente. A ese efecto, el autor establecía en su texto diferentes clases de interpretación, literal, extensiva y restrictiva, dogmática, histórica y sociológica, judicial, doctrinaria y autentica o legislativa (Valencia, 1964: 267-279).

En la década de los años 70's, al parecer no existieron muchas publicaciones sobre Derecho Constitucional que fueran editadas en Bolivia; ello probablemente sea debido a que en aquella etapa de nuestra vida republicana, precisamente el sistema constitucional boliviano se encontraba en una situación muy crítica, por el asalto al poder que se produjo con los continuos Golpes de Estado, que instauraron regímenes de facto no solo en el país¹⁹, sino en toda Latinoamérica.

Sin embargo, me parece importante rescatar las ideas del entonces profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés, Dr. René Canelas López, quien a tiempo de perfilar un "Nuevo Derecho Constitucional Boliviano" (1972), se refería brevemente a la importancia de la interpretación de las normas jurídicas, precisando -con ojo clínico- que la interpretación de las normas constitucionales:

"no sólo compromete el estudio de la anatomía de ellas, sino también de su fisiología; interpretarlas es darles mayor objetividad, mayor precisión en sus alcances, más exactitud en su función reguladora; para ello, no es suficiente conocer el fundamento y objeto de la norma, es necesario establecer si los hechos a los que ha de aplicarse tienen sentido jurídico, es decir si por su repetición frecuente, si por su calidad de inherentes a la vida social y a las condiciones de su desenvolvimiento histórico deben ser alcanzados por la norma" (Canelas, 1972: 37).

derechos humanos se encuentra en su libro *Derecho Constitucional Boliviano*, en cuyas páginas, desde la primera edición, se discute con experticia el tema" (Böhrt, 2010: 40, 48).

¹⁹ Ciertamente, la historia republicana de Bolivia se ha caracterizado por una constante inestabilidad político-institucional; ello debido a los continuos "asaltos" al poder político por la fuerza de las armas, para deponer el gobierno democrático legalmente constituido e instaurar regímenes de facto a la cabeza de dictadores militares o civiles. Una muestra de ello es que, hasta por lo menos el año 1980, en Bolivia se produjeron 200 golpes de Estado en apenas 155 años de vida republicana; lo que dio lugar a que en este período de tiempo 74 Presidentes de la República hubiesen conducido al Estado, con un promedio de 2,09 años de duración en el mandato. En ese contexto, la Constitución no siempre tuvo una vigencia permanente, y menos cumplió su función primordial en el ordenamiento jurídico estatal, de limitar el ejercicio del poder político y de lograr la estabilidad social, política y económica; no mereció el respeto, la consideración y acatamiento como la Ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado, por quienes, a su turno, ejercieron el poder político y asumieron el gobierno (Rivera, 2008). Por el contrario, la Constitución fue invocada en tanto y cuanto respondía a los intereses de los detentadores circunstanciales del poder, o de aquellos que tomaban el poder por la fuerza de las armas; en cuanto la Constitución se oponía a sus intereses fue simplemente ignorada, vulnerada o, en su caso, reformada por procedimientos no previstos legalmente; habiéndose llegado inclusive al extremo de subordinar la Constitución a un Decreto Supremo dictado por un régimen de facto. Así por ejemplo, el Presidente de facto, Gral. Hugo Banzer Suárez, emitió el Decreto Supremo N° 11947, de 9 de noviembre de 1974, en cuyo art. 3° se dispuso la vigencia restringida de la Constitución; la norma referida disponía textualmente lo siguiente: "Declárase vigente la Constitución Política del Estado de 1967 en todo aquello que no se oponga al presente Estatuto de gobierno, a las de carácter institucional y a los Decretos Leyes que en función de los superiores intereses de la Patria adopte el Gobierno Nacional" (Rivera, 1999b: 31).

Asimismo, el mencionado autor explicaba el sentido del art. 234 de la Constitución vigente en ese entonces (1967), señalando que la interpretación de las reglas constitucionales, para su aplicación a los hechos, tiene un requisito importante, dado que:

“es una facultad del Congreso el expedir leyes interpretativas de la Constitución, pero con la aprobación de los dos tercios de los votos presentes. Los trámites son los mismos que se señalan para las leyes ordinarias. Las leyes interpretativas no pueden ser vetadas por el Presidente de la República; no requieren de la venia del Ejecutivo para ser válidas, puesto que fijan el sentido de una regla anterior en vigencia. La ley interpretativa no contiene legislación nueva, simplemente explica con precisión un texto oscuro o ambiguo” (Canelas, 1972: 38).

VII. LEYES INTERPRETATIVAS –Y REFORMAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAS– QUE SE PUSIERON EN VIGENCIA

Luego de revisar los estudios realizados en Bolivia –detallados anteriormente–, y de acuerdo a los datos histórico-legislativos que nos brinda el profesor Ciro Félix Trigo, durante los siglos XIX y XX en nuestro país, se presentaron algunos casos de interpretación constitucional; así por ejemplo, la interpretación realizada por Ley de 6 de septiembre de 1898, que interpretó el art. 47 constitucional, en sentido de que “las inmunidades de los Senadores y Diputados alcanzan a todo el periodo de su mandato, sin discontinuidad desde el día de su elección”; y según afirma, ésta interpretación confirmó el voto parlamentario de 1892.

Asimismo, el referido autor señala que en otra oportunidad, también se había deliberado ampliamente la interpretación del art. 31 de la Constitución, y después de un debate “luminoso” en el H. Senado Nacional, se promulgó la Ley de 20 de diciembre de 1948, que señaló lo siguiente: “Se interpreta el Art. 31 de la Constitución Política del Estado en sentido de que la irretroactividad que proclama no alcanza a las leyes sociales”²⁰.

Sin embargo, luego de una breve investigación acerca de la producción legislativa en nuestro país, y entre otras disposiciones legales –leyes interpretativas y de reformas implícitas– que fueron aprobadas por el entonces H. Congreso Nacional de Bolivia durante el siglo XX, se pueden enumerar las siguientes²¹:

- 1) En la Constitución reformada en 1880 (y que además tuvo una larga vigencia)²², el artículo 2° (como una herencia de la Constitución bolivariana) disponía expresamente que: “El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana; prohibiendo el ejercicio público de todo otro culto, excepto en las colonias, donde habrá tolerancia”. Años más tarde, la Ley de 14 de septiembre de 1905 declaró la necesidad de reformar la Constitución, en los siguientes términos: “El Estado reco-

²⁰ Sin embargo, Trigo no estaba de acuerdo con esta última interpretación, puesto que consideraba que: “Con esta Ley, prácticamente, por vía de interpretación, se ha derogado el Art. 31, cuando de lo que se trataba era de determinar el alcance de su contenido, vale decir su espíritu, fijando con precisión sus límites. La irretroactividad no puede ser proclamada en forma absoluta; tiene que admitir salvedades necesarias e imperiosas que se imponen a mérito de causales muy legítimas. Los derechos adquiridos no pueden ser vulnerados por una ley posterior; en cambio, las meras expectativas no constituyen una valla para la acción del legislador” (sic) (Trigo, 1952: 55).

²¹ En este recuento de leyes interpretativas, se han consultado las siguientes fuentes de información: (Jémio, 1925; y, Ordoñez, 1914).

²² La Constitución sancionada por la Convención Nacional de 1880, fue adoptada por la Convención Nacional de 1899, que es la que ha regido hasta el 12 de julio de 1920. Posteriormente, la Convención Nacional de 1921 puso en vigor esa misma Constitución, por Ley de 24 de enero de 1921, que establecía lo siguiente: “(...) Artículo 4°.- Se declara en vigor la Constitución Política que ha regido hasta el 12 de julio de 1920, pudiendo la actual Convención Nacional, sustituirla, reformarla o modificarla, sin sujetarse a los procedimientos establecidos por ella” (sic) (Bustillos, 1924).

noce y sostiene la religión católica, apostólica, romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto. Comuníquese...”. Al año siguiente, la Ley de 27 de agosto de 1906 –operando una reforma constitucional–, dispuso lo siguiente: “Artículo único.- Se declara la necesidad de la reforma del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, quedando en consecuencia sancionada la ley constitucional en esta forma: El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto. Comuníquese, etc.” (Ordoñez, 1914: pp. 81-82).

- 2) En la misma Constitución reformada en 1880, el artículo 9 disponía que: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Sólo los que gozan de fuero militar podrán ser juzgados por consejos de guerra”. Años más tarde, la Ley de 29 de octubre de 1906 declaró la necesidad de reformar la Constitución, añadiendo los siguientes preceptos: “Artículo 1. No se reconoce fuero alguno en materias comunes, sean civiles o penales, excepto el caso de los militares en campaña por causa de guerra; quedando aún en este caso salvado lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución. Artículo 2. Los militares en servicio y los eclesiásticos, serán juzgados por sus jefes y autoridades, solamente en todo aquello que atañe a sus ordenanzas, ritos o cánones. Comuníquese...”. Sin embargo, la Ley de 3 de octubre de 1910 –operando prácticamente una reforma constitucional–, dispuso lo siguiente: “Art. 1°.- Queda abolido el fuero militar, excepto el caso de los militares en campaña, por causa de guerra, salvo lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución. Artículo 2°.- Los militares en servicio serán juzgados por sus jueces y autoridades, conforme a sus reglamentos y ordenanzas. Comuníquese, etc.” (Ordoñez, 1914: pp. 573-574).
- 3) Asimismo, el artículo 16 constitucional, disponía que: “La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o sentencia ejecutoriada”. Posteriormente, la Ley interpretativa de 15 de marzo de 1920, dispuso lo siguiente: “Artículo Único.- En uso de la facultad reconocida por el artículo 136 de la Constitución Política del Estado, las Cámaras legislativas interpretan el artículo 16 de la misma, en sentido de que la igualdad de las contribuciones no queda desvirtuada con impuestos de tarifas diferenciales o progresivas. Comuníquese, etc.”.
- 4) De igual manera, el antes citado artículo 25 constitucional, preveía expresamente que: “Los que ataquen los derechos y garantías constitucionales, no gozan de fuero y quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”. Posteriormente, la Ley de 29 de septiembre de 1906 dispuso lo siguiente: “Artículo Único.- Se deroga el fuero eclesiástico. Los asuntos comunes sean civiles o penales de los eclesiásticos, quedan sometidos a los tribunales ordinarios”.
- 5) Así también, entre las normas sobre el estado de sitio, el artículo 29 constitucional, preveía expresamente que: “El Congreso dedicará sus primeras sesiones al examen de la cuenta a que se refiere el Artículo precedente, pronunciando su aprobación o bien declarando la responsabilidad del Poder Ejecutivo. (...)”. Sin embargo, posteriormente la Resolución Legislativa de 6 de diciembre de 1921 –realizando prácticamente una interpretación de los alcances de dicha norma constitucional–, estableció lo siguiente: “La cuenta que el Poder Ejecutivo está obligado a rendir, de los motivos y del uso que hubiese hecho del estado de sitio, debe ser considerada por ambas Cámaras reunidas en Congreso. Comuníquese, etc.”

- 6) Igualmente, la Constitución estableció expresamente que el Poder Legislativo reside en el Congreso Nacional, compuesto de dos Cámaras -una de Diputados y otra de Senadores-; a lo cual, el artículo 40 constitucional agregaba que el mismo: “Se reunirá ordinariamente cada año en la capital de la República, el día 6 de agosto, aunque no haya habido previa convocatoria; sus sesiones durarán sesenta días útiles, prorrogables hasta noventa, a juicio del mismo Congreso, o a petición fundada del Poder Ejecutivo”. Posteriormente, la Ley de 22 de noviembre de 1916 –interpretando los alcances de dicha norma constitucional–, estableció lo siguiente: “Artículo 1°.- La instalación del Congreso nacional ordinario, tendrá lugar el día 6 de agosto de cada año a las dos de la tarde. Artículo 2°.- El Presidente y Vicepresidentes electos de la República, prestarán el juramento prescrito por los artículos 80 y 81 de la Constitución Política del Estado, el día 15 de agosto a horas dos de la tarde, fecha en la que terminará el período constitucional de cuatro años, establecido por el artículo 76 de la referida Constitución”.
- 7) Por otro lado, la Constitución reformada en 1880 establecía por ejemplo, que cuando falte el Presidente de la República por renuncia, inhabilidad o muerte, o cuando se pusiere a la cabeza del ejército en caso de guerra extranjera o civil, sería llamado a desempeñar sus funciones el primer Vicepresidente, que será electo junto con aquél, hasta la terminación del periodo de mandato constitucional; y a falta del primer Vicepresidente y en todos los casos previstos anteriormente, le reemplazaría el segundo Vicepresidente, elegido de la misma manera. La Constitución de aquel tiempo, también establecía que los Vicepresidentes no podían ser reelectos en su cargo, ni elegidos Presidente en el periodo inmediato, si hubiesen ejercido el Poder Ejecutivo para completar el mandato, y si faltan los Vicepresidentes, harán sus veces el Presidente del Senado o el de la Cámara de Diputados, el segundo a falta del primero. Además, mientras el primer Vicepresidente no ejercía el Poder Ejecutivo, desempeñaba el cargo de Presidente del Senado, sin perjuicio de que esta instancia elija su Presidente, para que haga las veces en ausencia de aquél. Sin embargo, al año siguiente, mediante Ley de 10 de agosto de 1881, se complementaron estas disposiciones, estableciendo expresamente que: “A falta del Primer Vicepresidente de la República, desempeñará las funciones de Presidente del Senado el segundo Vicepresidente; en caso de impedimento de ambos, la Cámara nombrará su Presidente” (Ordoñez, 1914: pp. 36-38). Años más tarde, y una vez instalada la Convención Nacional el 25 de diciembre de 1920, en ejercicio de su facultad constituyente, sancionó la supresión de la segunda Vicepresidencia que había sido incorporada en la reforma constitucional de 1880; dicha disposición fue puesta en vigencia mediante Ley de 24 de enero de 1921 (Alvarado, 1994: p. 298).
- 8) Asimismo, en la reforma constitucional de 1880, el art. 47 establecía expresamente que: “Ningún Senador o Diputado, desde el día de su elección hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio, podrá ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito *in fraganti* sujeto a pena corporal, si la Cámara a que pertenece no da licencia. Tampoco podrán ser demandados civilmente desde sesenta días antes de la reunión del Congreso, hasta el término de la distancia para que se restituyan a su domicilio. Pero en ningún tiempo serán arraigados, apresados o apremiados corporalmente en materia civil, sin previa licencia de la Cámara a que pertenecen, pudiendo, fuera del término indicado, concurrir como actores o demandados en los juicios civiles. (...)”. En este sentido –e interpretando los alcances de la referida norma constitucional–, la Ley de 8 de noviembre de 1895, dispuso expresamente lo siguiente: “Artículo Único.- El Vicepresidente de la República goza de las mismas inmunidades que los Senadores y Diputados por su calidad de Presidente del Senado y del Congreso Nacional. Comuníquese, etc.”.

- 9) Así también, entre las normas sobre la fuerza pública, el artículo 129 constitucional, establecía que: “La fuerza armada es esencialmente obediente; en ningún caso puede deliberar, y está en todo sujeta a los reglamentos y ordenanzas militares, en lo relativo al servicio”. Posteriormente, la Ley de 10 de noviembre de 1888 –que interpreta los alcances de la citada norma constitucional–, dispuso lo siguiente: “Artículo Único.- El artículo 129 de la Constitución Política del Estado, que declara a la fuerza armada sujeta a los reglamentos y ordenanzas militares, en todo lo relativo al servicio, no deroga el fuero militar establecido por las leyes secundarias que rijen la materia, en cuanto a delitos comunes, salvo lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Constitución. Comuníquese, etc.” (sic). Sin embargo, como ya vimos, la Ley de 3 de octubre de 1910 abolió (parcialmente) el fuero militar.
- 10) Finalmente, entre las normas sobre la formación y promulgación de las leyes y resoluciones del Poder Legislativo, el artículo 66 constitucional, establecía que: “Aprobado un proyecto de ley en la Cámara de su origen, pasará inmediatamente a la otra para su discusión y aprobación en el periodo de aquella legislatura”. Posteriormente, la Ley de 3 de octubre de 1905 –que interpreta y amplía los alcances de la citada norma constitucional–, dispuso lo siguiente: “Se declara de resolución preferente, en ambas Cámaras, los proyectos de ley que se pasen en revisión, no pudiendo ser retardados por más de una legislatura”.
- 11) En la misma sección sobre la formación y promulgación de las leyes, el artículo 70 constitucional, establecía que: “Todo proyecto de ley sancionado por ambas Cámaras, podrá ser observado por el Presidente de la República en el término de diez días desde aquél en que se le hubiese remitido; pero solamente en el caso de que en su discusión no hubiese estado presente el Ministro a cuyo departamento corresponda la ley. (...)”. Al respecto, la Resolución Legislativa de 27 de noviembre de 1917 –realizando prácticamente una interpretación de los alcances de dicha norma constitucional–, disponía expresamente que: “A la discusión del veto, constitucionalmente opuesto por el Poder Ejecutivo, será siempre llamado el Ministro del ramo correspondiente a la Ley observada. Comuníquese, etc.”.

Este es un breve panorama de las disposiciones legales que estuvieron vigentes en nuestro país durante el siglo pasado, y como se puede apreciar, muestran la recurrencia con que se aprobaban leyes interpretativas para determinar el sentido y los alcances de ciertas normas constitucionales, práctica que muchas veces se hacía de manera explícita, aunque otras veces implícitamente se lograban efectuar auténticas reformas constitucionales –solamente vía interpretación–; lo cual era factible dado que la misma Ley Fundamental había facultado al Congreso Nacional para dictar leyes interpretativas de la Constitución, posicionándose en consecuencia como el único órgano estatal legitimado para interpretar las normas constitucionales; y esa situación se mantuvo vigente durante gran parte del siglo XX.

Encontrándonos ya en pleno siglo XXI, el entonces Congreso Nacional hizo uso nuevamente de su facultad interpretativa de la Constitución boliviana²³ -que había sido reformada el año 2004 a efecto de incorporar mecanismos de participación ciudadana como el referéndum y la Asamblea Constituyente-; fue así que, a través de la Ley N° 3090 de 6 de julio de 2005, se aprobó una *Ley interpretativa del artículo 109 de la Constitución Política del Esta-*

²³ Acerca de la vigencia de las Leyes interpretativas en Bolivia en el siglo XXI, a la luz de las normas de la Constitución aprobada el año 2009, recomendamos consultar el artículo de: (Vargas, 2015).

do²⁴, cuyo Artículo Único referente a las Elecciones de Prefectos por voto popular, estableció lo siguiente:

“Artículo Único (*Elección de Prefectos por voto*).- Se interpreta el Artículo 109, de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que la designación presidencial de los Prefectos de Departamento se realizará precedida de un proceso de elección por voto universal y directo por simple mayoría. En este caso, los Prefectos cumplirán períodos de gestión de cinco años coincidentes con las elecciones municipales”.

Como efecto de lo anterior, el 12 de agosto de 2005, todos los bolivianos y bolivianas acudieron a las urnas a votar para la elección de Prefectos o Prefectas en cada uno de los nueve departamentos, siendo que por primera vez en la historia de Bolivia, dichas autoridades fueron elegidas democráticamente a través del voto popular²⁵.

Sin embargo, esa no fue la última vez que el entonces Congreso Nacional utilizó su facultad interpretativa de la Constitución boliviana; en efecto, después de la conclusión de las labores y entrega del texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente -a finales del año 2007-, y con la finalidad de realizar “ajustes”, introduciendo modificaciones ilegítimas al referido texto constitucional, el referido Congreso sancionó la *Ley N° 3941 de 21 de octubre de 2008*, en virtud de la cual -y amparándose en lo establecido por el artículo 233 de la Constitución Política del Estado vigente en ese entonces-, dispuso interpretar los alcances del artículo 232 de la misma Ley Fundamental, a cuyo efecto se señaló lo siguiente:

“Artículo 2°.- (*Interpretación*) En aplicación de la Institucionalidad Republicana, el principio de Soberanía Popular, el Estado Social y Democrático de Derecho, determinados en los Artículos 1, 2 y 4 de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que es facultad del Honorable Congreso Nacional contribuir al proceso constituyente y realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, sobre la base de la voluntad popular y el interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes, se interpreta los alcances del Artículo 232 constitucional, en los términos siguientes:

Artículo 232°.-

I. La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de Convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República.

II. Concluido el proceso constituyente, y recibida la propuesta constitucional para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes.

III. Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente.”

Esta última Ley, claramente pone en evidencia la hipótesis referida anteriormente, en sentido de que la interpretación de la Constitución en Bolivia siempre ha sido un tema poco comprendido, y solamente invocado por las autoridades públicas, en la medida de su utilidad y conveniencia para concretizar fines políticos.

²⁴ El texto de la Ley, ahora se encuentra disponible en la página web de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia: <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/3090>

²⁵ El Documento de Información Pública elaborado por la entonces Corte Nacional Electoral, acerca del referido proceso electoral del año 2005, se encuentra disponible en: <https://www.bivica.org/files/prefectos-elecciones.pdf>

VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL RESURGIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Luego de examinar el panorama normativo de la aprobación de leyes interpretativas en el país, y para conocer las circunstancias del resurgimiento de la interpretación constitucional en el contexto boliviano, cabe hacer referencia al año 1993, cuando el entonces Congreso Nacional aprobó la Ley N° 1473 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Boliviana, proponiendo entre otros aspectos, la incorporación de tres instituciones esenciales para consolidar la democracia y proteger los derechos de las personas: *el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional, y el Consejo de la Judicatura*, mismas que fueron incorporadas como parte de la institucionalidad boliviana, a través de la Ley N° 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado, de 12 de agosto de 1994, cuyas disposiciones introdujeron diversas modificaciones al texto constitucional que hasta ese entonces, se hallaba vigente sin cambio alguno desde el año 1967.

En efecto, mediante dicha reforma constitucional, se modificaron aproximadamente treinta y cinco artículos de la Constitución boliviana, cuyo alcance puede resumirse en lo siguiente: a) *Inserción de los pueblos originarios y comunidades indígenas a la estructura social del Estado*, a cuyo efecto se definió la estructura social como multiétnica y pluricultural, así como de las bases de su organización como son la unión y la solidaridad; b) *Modificaciones en el sistema electoral*, cambiando el requisito de la edad para el ejercicio de la ciudadanía de 21 años que regía hasta entonces, a 18 años; c) *Fortalecimiento del entonces Poder Legislativo*, a través de la reforma del sistema de elección de los Diputados para devolverles legitimidad y representatividad, con la introducción del sistema del doble voto en circunscripciones uni y plurinominales; d) *Estabilidad y gobernabilidad en el ejercicio del gobierno nacional*, reformando las reglas para la elección congresal del Presidente y Vicepresidente de la República, en aquellos casos en los que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de votos en las elecciones generales; e) *Plena vigencia y protección de los derechos humanos* como base del orden democrático constitucional, a cuyo efecto se ha creado la Defensoría del Pueblo con la misión de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación al sector público; f) *Fortalecimiento de los gobiernos locales autónomos* como unidades básicas del desarrollo sostenible sobre la base de la planificación participativa y el control social; g) *Seguridad jurídica y fortalecimiento del orden constitucional* reformando la estructura del entonces Poder Judicial, mediante la creación del *Tribunal Constitucional*, asignándole la función del control concentrado de constitucionalidad (Rivera, 2002: 1-40).

A todo ello se debe agregar, que dicha reforma constitucional indudablemente se constituye en un hecho trascendental con una importancia histórica sin precedentes dentro del sistema constitucional, puesto que en aquella oportunidad -y por primera vez en la historia republicana de nuestro país-, se reformó la Ley Fundamental dando cumplimiento a los mecanismos y procedimientos especialmente previstos al efecto por la propia Constitución, vale decir que previamente se aprobó la Ley declaratoria de necesidad de reforma, y luego se sancionó y promulgó la Ley de Reforma Constitucional en cumplimiento de las normas previstas por los artículos 230 al 232 del texto constitucional vigente en ese tiempo, dejándose de lado aquella mala práctica de aprobar reformas constitucionales, inobservando los mecanismos y procedimientos previstos por las normas de la Constitución vigente²⁶.

²⁶ Cabe señalar que el ejercicio del poder constituyente reformador en Bolivia, fue indebido en razón a que las reformas constitucionales realizadas entre 1831 a 1967, no se ajustaron a los mecanismos y procedimientos previstos por las normas de la Constitución vigente, que de manera sostenida y reiterada previó la reforma constitucional parcial por vía del poder constitucional reformador (Congreso Nacional), con un procedimiento rígido caracterizado por la exigencia de una votación

Sin embargo, cabe señalar que no obstante la vigencia de la Constitución reformada, el Tribunal Constitucional de Bolivia no ingresó en funciones sino hasta julio de 1998, cuando el entonces Congreso Nacional, previa calificación de méritos, designó a los Magistrados del primer Tribunal Constitucional de Bolivia, que se instaló formalmente el 5 de agosto de 1998, e inició sus labores jurisdiccionales el 1° de junio de 1999 (luego de su “*vacatio legis*”), con el respaldo de la Ley N° 1836 de 1° de abril de 1998, emitida para regular su estructura, organización y funcionamiento.

En aquel tiempo, la Constitución boliviana reformada el año 1994, establecía en su art. 59 que una de las atribuciones del entonces Poder Legislativo, consistía en: “1. Dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas”; y asimismo, en su art. 234 señalaba que: “Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República”.

IX. LA CONFIGURACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

Por otro lado, el artículo 116 constitucional reconoció expresamente que: “El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”, y en el artículo 119.I, se estableció que: «El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución». Según el profesor José Antonio Rivera, el espíritu de dicha norma es que el Tribunal Constitucional goza de independencia en su función jurisdiccional (estando integrado en aquel tiempo sólo por cinco magistrados que conformaban una sola Sala), empero orgánicamente así como administrativamente forma parte de la estructura del Órgano Judicial, lo cual es inadecuado, pues como dice Francisco Fernández Segado, «ciertamente, el Tribunal Constitucional es un órgano de naturaleza jurisdiccional; su procedimiento de actuación, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones se hallan en la órbita de la jurisdicción, pero no es menos evidente que un Tribunal Constitucional no es un órgano que deba ser encuadrado en la común organización judicial, como en alguna medida viene a hacer el artículo 116 de la Constitución de Bolivia tras su reforma de 1994».

Por otro lado, Rivera también recuerda que el texto propuesto para el artículo 121 de la Constitución –a través de la Ley N° 1473 Declaratoria de Necesidad de Reforma–, reconocía al Tribunal Constitucional la función de *interpretación judicial* de la Constitución. Sin embargo, en el texto final aprobado por la Ley N° 1585 de Reforma Constitucional para el artículo 116 de la CPE, en el que se instituye el Tribunal Constitucional y se señala su labor, se consigna simplemente la labor del control de constitucionalidad, suprimiendo la parte del texto referida a la labor del intérprete judicial de la Constitución, por lo que, a tiempo de analizar los alcances del control de constitucionalidad en Bolivia, el citado autor boliviano concluía lo siguiente:

cualificada para la aprobación de las leyes de reforma constitucional. Es así que, “*desconociendo los mecanismos y procedimientos de reforma constitucional previstos por la Constitución vigente, los gobernantes de turno, después de cada golpe de Estado, rebelión o sedición armada, convocaron a las mal llamadas Asambleas o Convenciones Constituyentes (1831, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938), en algunas ocasiones, o convirtieron al Congreso Nacional en Congreso Constituyente o Congreso Extraordinario (1834, 1839, 1843, 1851, 1945, 1947); para luego proceder a la reforma de la Constitución. Entonces, si bien podría afirmarse que formalmente se trataba de un ejercicio del poder constituyente reformador, existen sobradas razones para afirmar que no fue tal, toda vez que no se cumplieron con los requisitos, condiciones y procedimientos previstos en la Constitución, de la que supuestamente derivó dicho poder reformador*” (Rivera, 2009: 63-90).

“Consideramos un grave error legislativo la supresión del texto constitucional referido cuando, por otro lado, se ha mantenido el texto del artículo 234 de la Constitución, norma que asigna la atribución de dictar leyes interpretativas de la Constitución al Congreso Nacional. Empero, ello no le priva al Tribunal Constitucional de la labor de interpretación judicial de la Constitución, es decir que, si bien la Constitución no señala expresamente que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete judicial de la Constitución, tampoco lo prohíbe. En definitiva, la labor que realiza el Tribunal Constitucional implica el desarrollo de la labor de interpretación constitucional, pues esa es la esencia de su papel de control de constitucionalidad; máxime si, como manifiesta el constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde la interpretación «en sentido amplio es buscar el sentido de la norma para poder aplicarla», lo que implica que la interpretación supone un cierto tipo de razonamiento para alcanzar los fines que nos proponemos, o como sostiene Carlos Maximiliano, «la interpretación no es más que la aplicación al caso concreto de los principios fijados por la norma» (Rivera, 1999a).

Este notable desacierto, fue razonablemente criticado también por varios constitucionalistas extranjeros especialistas en el tema; así por ejemplo, el jurista español Francisco Fernández Segado, a tiempo de analizar la función interpretativa del Tribunal Constitucional creado en 1994, señalaba lo siguiente:

“Varias reflexiones se imponen en relación con ésta cuestión. Ante todo, conviene decir que una cosa es dictar una ley interpretativa de la Constitución y otra bien distinta interpretar los preceptos de la Norma Suprema, al hilo del ejercicio de la función del control de la constitucionalidad de las normas. Todo ello, al margen ya de significar la improcedencia de una norma como la contenida por el artículo 234 (de la Constitución reformada en 1994), que choca de modo frontal con la atribución a un Tribunal Constitucional de la función de controlar la constitucionalidad (artículo 116.IV, CPE de 1994). No en vano esta función presupone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, correspondiendo al Tribunal el monopolio de la determinación con carácter vinculante de lo que ha querido decir el constituyente. Ello, a su vez, debe traducirse en la expresa prohibición para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador estatal, de dictar normas puramente interpretativas de la Constitución” (Fernández, 2002: 49).

Por su parte, el autor alemán Norbert Losing, a tiempo de realizar su análisis comparativo sobre la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica, en el caso de Bolivia, puso de relieve lo siguiente:

“Un obstáculo adicional que debe salvar el Tribunal Constitucional, es la poca aceptación en la vida política y en la doctrina constitucional, de la interpretación legal y constitucional vinculante que haga un tribunal especializado. De igual modo a como ocurre en otros países latinoamericanos, en Bolivia muchos juristas todavía son de la opinión de que la interpretación de la Constitución debería reservarse al legislador. Esa competencia sería ejercida mediante la expedición de leyes interpretativas. El Tribunal Constitucional, por consiguiente, no debería ocuparse de la interpretación de la Constitución. Aunque desde hace mucho esa opinión ya ha sido superada en la actual doctrina constitucional (por absurda) al menos en el papel, se impuso en la reforma. Todas las referencias y alusiones a una interpretación de la Constitución a través del Tribunal Constitucional finalmente fueron suprimidas del artículo 120 de la Constitución de 1994 (...)” (Losing, 2002: 246).

Posteriormente, luego de señalar de manera taxativa todas las atribuciones que le fueron asignadas por el constituyente (en el ámbito de control normativo, competencial y tutelar), en la misma Constitución reformada en 1994 se estableció categóricamente que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno, y que además una Ley reglamentará la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos.

En efecto, la Ley N°1836 estableció una norma expresa sobre los nuevos alcances de la interpretación constitucional en Bolivia, señalando claramente que: “En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el

Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución. Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”.

Por ello, es oportuno remarcar que la adopción del sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia (modelo europeo-kelseniano), a través de la reforma constitucional efectuada en el año 1994, y la consiguiente implementación del Tribunal Constitucional, como *máximo guardián y supremo intérprete* de la Constitución, ha dado lugar a su vez al resurgimiento de la interpretación constitucional en Bolivia.

En consecuencia, se puede deducir que el lamentable desconocimiento y falta de comprensión integral en que se encontraba esta materia se mantuvo vigente hasta por lo menos el año 1999, cuando el primer Tribunal Constitucional del país –poco antes de dar inicio a sus labores jurisdiccionales– comenzó la labor de pedagogía constitucional²⁷, organizando Seminarios internacionales y especializados sobre Justicia Constitucional. Fue en esa época en que se produjo la visita a nuestro país, del destacado profesor español Francisco Fernández Segado -catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela-, quien brindó su conferencia titulada: “Reflexiones en torno a la Interpretación de la Constitución”, que se publicó en la *Revista Constitucional* editada por el propio Tribunal Constitucional de Bolivia (Fernández, 1999a: 1-29)²⁸; texto fundacional sobre una materia que se había

²⁷ Cabe destacar que en varios de sus escritos, el primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky resaltaba la importancia de la pedagogía constitucional entre las labores cotidianas del Tribunal Constitucional, explicando su estrecha relación con las funciones esenciales de la jurisdicción constitucional, en el siguiente sentido: “*En otras palabras, no es suficiente declarar los derechos e identificar las garantías respectivas, sino que es necesario aplicar éstas mediante un mecanismo que asegure su oportunidad y eficacia. Ese mecanismo no es otro que la jurisdicción constitucional o justicia constitucional, que es el conjunto de procedimientos destinados, según la concepción de Bidart Campos, a la defensa, control e interpretación de la Constitución. La jurisdicción constitucional cumple, pues, una triple función, a la que nosotros hemos agregado una cuarta en el Tribunal Constitucional: la de pedagogía constitucional, que es concurrente e inseparable de las otras tres, pues, en la medida en que la jurisdicción constitucional responde a las expectativas y a las necesidades sociales, la sociedad en su conjunto aprende de ella, la aprecia y la apoya, retroalimentándola en un proceso de interacción que es vital para su mantenimiento y superación*”. (Dermizaky, 2005: 45-46).

²⁸ Al parecer -y según el registro existente en Dialnet-, ese mismo año el texto de la Conferencia también fue publicado a nivel internacional, únicamente en la *Revista de Derecho de la Universidad Santiago de Compostela* (Fernández, 1999b). En ese mismo año, el entonces presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia escribió también una primera aproximación al tema, considerando que la interpretación es una de las tareas más importantes de la jurisdicción constitucional y, probablemente, una de las menos divulgadas. A este efecto, hizo referencia brevemente a la polémica sostenida en el constitucionalismo estadounidense (entre originalistas y revisionistas), pasando revista a la tendencia de la jurisprudencia mecánica, y las escuelas progresista y realista, para luego concluir que no es aconsejable aferrarse a los extremos para interpretar la Constitución; haciendo referencia finalmente a los métodos de interpretación literal, sistemática, y teleológica o finalista (Dermizaky, 1999: 3-7). Al año siguiente, en ocasión de un evento internacional organizado por el mismo Tribunal, este notable jurista continuaba haciendo énfasis en la importancia de los métodos de interpretación constitucional en el desarrollo de las labores jurisdiccionales, dejando establecido lo siguiente: “*Para este efecto, la interpretación debe ser sistemática y finalista; la primera, porque la Constitución es un todo armónico e integrado, donde cada parte arranca o se refleja en las otras, lo que hace de la Constitución un sistema coherente y unido. A esta interpretación se le llama también orgánica, porque considera a la Constitución como un órgano vivo cuyas funciones se coordinan y desarrollan recíprocamente. (...) La interpretación finalista o teleológica tiene en mente el fin o telos de la Constitución que, como se ha dicho, es la defensa y protección de los derechos fundamentales. Una interpretación que se aleja de los principios y valores mencionados (la vida, la libertad, la dignidad y la justicia) no será un instrumento adecuado para*

mantenido casi completamente inexplorada hasta ese tiempo, dado que poco o nada se había escrito o investigado en el ámbito jurídico boliviano.

Ante este panorama, es importante resaltar que en aquel ensayo, el profesor español abordó distintas problemáticas importantes sobre el tema, a cuyo efecto comienza desarrollando algunas ideas sobre el carácter normativo de la Constitución, trazando las características peculiares de la norma constitucional; asimismo, revisa las generalidades sobre la interpretación jurídica y los criterios clásicos de interpretación formulados por Savigny, a los cuales agrega otros criterios hermenéuticos contemporáneos; luego, desentraña las particularidades de la interpretación de la Constitución -según la doctrina constitucional europea-, desarrollando a su vez una serie de criterios particulares para llevar adelante la interpretación de las normas constitucionales: a) el principio de unidad de la Constitución; el principio de armonización de las normas constitucionales en tensión; c) el principio de la conformidad constitucional; y, d) el principio de interpretación conforme a la Constitución, todo ello acorde al desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional español.

Como se puede ver, el contenido de aquel texto era de notable importancia para el estudio del tema a nivel del Derecho Comparado; sin embargo, no se volvió a publicar sino cuando fue incluida años más tarde, en aquella gigante obra colectiva dividida en dos tomos -que mencionamos anteriormente- sobre Interpretación Constitucional, compilada por el profesor mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ferrer, 2005)²⁹.

X. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN Y MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Dos años después de aquella memorable conferencia internacional de 1999, el tema de la interpretación constitucional aparece desarrollado por vez primera, de manera ordenada y sistemática, en la primera edición de la obra sobre Jurisdicción Constitucional (2001)³⁰, escrita por el Dr. José Antonio Rivera Santivañez, quien con bastante maestría señala el concepto y los casos en que procede la interpretación de la Constitución, exponiendo de manera muy amplia y didáctica, sobre las condiciones y clases de interpretación constitucional existentes, así como los principios y criterios a tener en cuenta en la interpretación constitucional.

Sobre la base de lo expuesto en aquella publicación, el mismo autor -quien en aquel entonces desempeñaba funciones como Magistrado del Tribunal Constitucional-, tiempo después ofreció una brillante conferencia acerca de “La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad”, que fue expuesta en el VI Seminario Internacional sobre Justicia *Constitucional* (Rivera, 2003: 57-77), realizado en conmemoración del 5º aniversario de la instalación del Tribunal Constitucional en Bolivia. En aquel ensayo, el brillante conferencista Dr. Rivera, reflexionaba que en Bolivia, el estudio teórico y sistematizado del tema de la interpretación constitucional es aún primario, pues si bien fue abordado de manera muy elemental en el ámbito doctrinal del Derecho Civil y Penal, sin embargo surgió con mayor sustento y profundidad a consecuencia de la creación e implementación del Tribunal Constitucional:

la jurisdicción constitucional. Dos principios apoyan esta interpretación: uno es el de la posición preferente (preferred position), que concede valor preferente a los derechos fundamentales, declarando la inconstitucionalidad de los actos que los lesionan, cualquiera sea su origen; y otro es el de favor libertatis, que da preeminencia a la libertad individual y a todos los derechos que de ésta derivan (...)” (Dermizaky, 2001: 21).

²⁹ Una reseña bibliográfica sobre esta obra colectiva fue publicada por (Brage, 2006).

³⁰ Una reseña bibliográfica sobre esta obra primigenia fue publicada por (Fernández Rodríguez, 2002).

“En efecto, es a raíz de la interpretación constitucional que en la práctica viene desarrollando el Tribunal Constitucional en la resolución de los casos concretos sometidos a su jurisdicción, que han surgido preocupaciones e inquietudes en algunos académicos, abogados del foro, así como jueces y tribunales respecto a los alcances y efectos de la interpretación realizada por la jurisdicción constitucional, al grado tal que, incluso se ha puesto en duda que el Tribunal Constitucional sea el máximo intérprete de la Constitución, y si el resultado de la interpretación desarrollada y contenida en la jurisprudencia constitucional es vinculante y fuente directa del Derecho. En ese ámbito de dudas y preocupaciones, este trabajo pretende contribuir con algunos elementos de juicio para el análisis, reflexión y debate sobre el tema de la interpretación constitucional”.

Asimismo, en aquella oportunidad, y luego de explicar ampliamente la naturaleza jurídica de la interpretación constitucional, el profesor José Antonio Rivera llegó a precisar algunas conclusiones importantes sobre el estado de la cuestión, señalando lo siguiente:

- 1° En la doctrina contemporánea del Derecho Constitucional, la interpretación constitucional se constituye en el núcleo esencial de la Teoría de la Constitución.
- 2° La interpretación constitucional tiene sus propias peculiaridades que la diferencian de la interpretación jurídica general, lo que significa que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias.
- 3° Si bien son aplicables a la interpretación constitucional, los métodos de la interpretación jurídica, dada la peculiaridad de aquella no son suficientes, lo que supone que la interpretación constitucional exija la aplicación de métodos, principios y criterios propios de interpretación.
- 4° Si bien existen diversos intérpretes de la Constitución, en un sistema constitucional que cuenta con un mecanismo de control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental, que es la jurisdicción constitucional, cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos.
- 5° En la actualidad, se ha reconocido la enorme trascendencia que han adquirido los jueces constitucionales en virtud de su carácter de intérpretes oficiales y definitivos de la Constitución, esto ha llevado paulatinamente a la realidad la famosa frase del Juez norteamericano Charles Evan Hughes: “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Años más tarde, y a tiempo de escribir sus reflexiones sobre la necesidad de consolidación y fortalecimiento institucional del Tribunal Constitucional en Bolivia, el profesor Rivera sostenía que en el Siglo XXI no existe ni puede existir un Estado constitucional sin un Tribunal Constitucional como guardián y máximo intérprete de la Constitución y protector de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En este sentido, sustentaba su posición afirmando que el Tribunal Constitucional boliviano se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, encargado de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución; así se infiere de las normas previstas por la Ley Fundamental. En consecuencia:

“Es el *máximo guardián* de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsando del ordenamiento jurídico del Estado.

Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el *supremo intérprete* de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales, en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el pro-

ceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución” (Rivera, 2007: 58-59).

Bajo esas premisas esenciales, es que ahora el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) está cumpliendo la labor interpretativa que le ha asignado el constituyente, dado que por mandato del art. 196.II de la CPE: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0850/2013, de 17 de junio, ha precisado que cuando la interpretación se refiere a la Constitución, la utilización de métodos de interpretación no es solamente una cuestión de elección del intérprete, sino que además entra en juego la satisfacción misma del principio democrático por la relevancia que representa para la institucionalidad de un país interpretar la Constitución. Y para comprender los alcances de la citada norma constitucional, ha señalado lo siguiente:

“Ahora bien, respecto al art. 196. II de la CPE, contiene un mandato expreso no excluyente para que el Tribunal Constitucional Plurinacional apele en primera instancia a la voluntad constituyente, al texto literal y posteriormente a otros métodos interpretativos, puesto que, si bien el Constituyente ha determinado dos métodos expresos de interpretación en dicha norma constitucional, no ha determinado prohibición alguna a la utilización de otros métodos. Así, el Constituyente en el artículo mencionado, determinó que el intérprete constitucional busque en primera instancia “la voluntad del Constituyente” afirmación que en inicio parece concluir que el Constituyente busca la interpretación originalista pero a la vez también es verdad que esa voluntad debe enmarcarse en una valoración finalista de la propia Constitución, no otra consecuencia puede tener la inclusión en el texto constitucional de normas específicas que proclaman los fines, principios y valores (arts. 8 y ss. de la CPE)”.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional, prevé de manera descriptiva, en su art. 2.II, que: “(...) podrá aplicar: 1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”. En ese entendido, el TCP ha señalado que los métodos interpretativos que tanto la Norma Suprema como el Código Procesal Constitucional otorgan, son los siguientes: 1) La interpretación constitucional a través del criterio del tenor literal de la norma; 2) La interpretación constitucional mediante el criterio de la voluntad del constituyente; y, 3) La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado. Estos aspectos, se encuentran ampliamente desarrollados en los fundamentos jurídicos de la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0001/2020, de 15 de enero.

XI. CONCLUSIONES

A fin de no exceder el marco histórico de la temática propuesta en el presente trabajo, vamos a concluir esta exposición, señalando que en el caso de Bolivia, el estudio de la interpretación es muy reciente, y aún se mantiene casi inexplorado, dado que durante el siglo pasado y hasta hace algunos años atrás, en la mayoría de las Facultades de Derecho del país, el tema era relativamente desconocido o superficialmente mencionado en aulas, sin haberse advertido la necesidad de profundizar su análisis y comprensión.

Asimismo, es evidente que, durante gran parte del siglo XX, lo que existía en Bolivia era una interpretación “política”, a la que constantemente se hallaba sometida la Constitu-

ción; dado que -como se ha explicado- el único órgano de poder que tenía la potestad de interpretar el sentido y alcance de las normas de la Constitución, era el entonces Poder Legislativo. Una muestra de ello, es aquella interpretación que realizaban de manera exclusiva los miembros del entonces Congreso Nacional, quienes al sancionar las “Leyes interpretativas” - que se han detallado ampliamente en el presente trabajo-, decidían el significado y la comprensión que debería dársele a las normas deficientes, ininteligibles o ambiguas, previstas en la Constitución boliviana a lo largo del tiempo; y en muchos casos, esta facultad sirvió para aprobar implícitamente reformas al texto constitucional.

En todo caso, la interpretación de la Constitución en Bolivia siempre fue un tema desconocido y poco comprendido por la ciudadanía; aunque también es cierto que en realidad solamente era invocado por las autoridades públicas en la medida de su utilidad y conveniencia para conseguir los fines políticos del gobierno de turno en cada época.

Por otro lado, también se ha considerado oportuno remarcar, que, desde la adopción del sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia, y la implementación del Tribunal Constitucional -ahora denominado Plurinacional-, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, ciertamente se ha producido un resurgimiento de la interpretación constitucional en Bolivia.

En consecuencia, se debe comprender que, en la actualidad, si bien existen diversos intérpretes de la Constitución; en un sistema constitucional -como el nuestro- que cuenta con un mecanismo de control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental, que es precisamente la jurisdicción constitucional, cuya interpretación tiene carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y también para los ciudadanos.

Finalmente, es importante tener presente el pensamiento del profesor José Antonio Rivera, cuando aseguraba que, en el Siglo XXI, no existe ni puede existir un Estado Constitucional sin un Tribunal Constitucional como guardián y máximo intérprete de la Constitución, que actúe como protector eficaz de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuya vigencia se encuentra reforzada actualmente a través del reconocimiento del bloque de constitucionalidad.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Alcides. *Del Constitucionalismo Liberal al Constitucionalismo Social*. Editorial Judicial, Sucre, Bolivia: 1994.

ARIAS LÓPEZ, Boris W. El intérprete final de la Constitución: reflexiones desde la realidad boliviana actual. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 39, julio-diciembre 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3qPIUtR>

BAZAN, Víctor. “*Dificultades operativas e institucionales y retos de la Justicia Constitucional en América Latina*”. 2012. Documento disponible en: <http://bit.ly/1NoNz7x>

BÖHRT IRAHOLA, Carlos. *Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano*. En: VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Miradas Nuevo Texto Constitucional*. La Paz, Bolivia 2010: Vicepresidencia del Estado Plurinacional – Universidad Mayor de San Andrés – Instituto Internacional para la Democracia (IDEA). Libro completo disponible en: <https://bit.ly/3LFRXoI>

BUSTILLOS, Max. *Constitución Política del Estado*. Edición autorizada por Presidencia del H. Senado Nacional. La Paz. 1924

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación constitucional*. Cuestiones Constitucionales, n. 14, Ciudad de México, 2006. pp. 321-333, jun. Disponible en: <https://bit.ly/3p3IXPC>

CAJÍAS Huáscar, y MIGUEL Benjamín. *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*. Editorial UMSA. La Paz, Bolivia, 1966

CANELAS LÓPEZ, René. *Nuevo Derecho Constitucional Boliviano*. Editorial Letras. La Paz, Bolivia: 1972.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La Interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México: 1996. Disponible en: <http://bit.ly/3ZUH6gJ>

CARPIZO, Jorge, y otros. *La interpretación constitucional*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: 1975. Disponible en: <https://bit.ly/3SA0xIj>

DERMIZAKY PEREDO, Pablo

_____. *La Interpretación Constitucional*. En: Revista del Tribunal Constitucional. Número 1. Editorial Judicial. Sucre, Bolivia: 1999

_____. *Del Estado de Derecho a la Justicia Constitucional*. En: Tribunal Constitucional de Bolivia (editor). IV Seminario Internacional: Justicia Constitucional (12 y 13 de Octubre de 2000). Memoria N° 5. Editorial Judicial. Sucre, Bolivia: 2001

_____. *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*. Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Alexander. Cochabamba, Bolivia: 2005

DURÁN RIBERA, Willman R. *La Constitución vigente y sus Leyes de desarrollo ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?* En: Revista Boliviana de Derecho. Número 11. Editorial El País. Santa Cruz, Bolivia: 2011. pp. 6-23. Disponible en: <http://bit.ly/1f9163W>

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Voz: Interpretación Constitucional. Tomo XVI, Buenos Aires. 1967

ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y JIMÉNEZ, William Guillermo (Editores académicos). *Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Universidad Libre, Universidad de Bolonia. Bogotá: 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3eT79yu>

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *José Antonio Rivera Santivañez. Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6. 2002. Disponible en: <https://bit.ly/3p8krww>

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

_____. *“Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”*. En: Tribunal Constitucional de Bolivia (editor). Interpretación Constitucional. Una aproximación al debate. Revista Constitucional N° 2. Editorial Judicial. Sucre, Bolivia: 1999a

_____. «Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución». Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 8, N.2 pp. 97-120. ISSN 1132-9947. 1999b. Texto disponible en: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7696>

_____. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. México D.F. 2002: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Citado por: VARGAS LIMA, Alan E.. *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. Editorial El Original. La Paz, Bolivia: 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación Constitucional*. 2 tomos, Editorial Porrúa. México: 2005

GALINDO DE UGARTE, Marcelo. *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*. Editorial Los Amigos del Libro. La Paz, Cochabamba, Bolivia: 1991

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

_____. “*Los tribunales constitucionales en América Latina*”. Documento disponible en: <http://bit.ly/2bfKWvo>

_____. *La Constitución y su dinámica*. Segunda edición revisada y ampliada, Lima, Perú. 2006. En: <http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca.htm>

_____. *La interpretación constitucional como problema*. Revista de Estudios Políticos, Núm. 86: octubre-diciembre, publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1994a. Disponible en: <https://bit.ly/3BG9rhH>

_____. *La interpretación constitucional como problema*. Revista Pensamiento Constitucional, Vol. 1, Núm. 1, publicada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994b. Disponible en: <https://bit.ly/3BDmWi9>

_____. “*La interpretación constitucional en América Latina*”. En: Tribunal Constitucional de Bolivia (editor). *Justicia Constitucional en Bolivia. 10 años*. Tomo II. 1999 – 2009. Imprenta Editorial Túpac Katari. Sucre, Bolivia: 2009

GUASTINI, Riccardo. *La Interpretación de la Constitución*. En: FABRA ZAMORA, Jorge Luis y SPECTOR, Ezequiel (Coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. (Volumen tres). Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3K7cjGD>

HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, ISSN 1697-7890, N° 13, 2010. pp. 379-414. Disponible en: <https://bit.ly/3TDexBT>

HELMKE, Gretchen y RIOS FIGUEROA, Julio (Coords.) *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F.: 2010. Disponible en: <http://bit.ly/1YucvjK>

JÉMIO, Isaacs. *Bolivia. Leyes Políticas (Manual Legislativo)*. Litografías e Imprentas Unidas. La Paz, Bolivia: 1925

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Tercera edición. Abeledo Perrot - Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina: 1958. Disponible en: <https://bit.ly/3C0n7nZ>

LAVEAGA, Gerardo (Coord.) *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*. Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3D9YbJD>

LINARES QUINTANA, Segundo V.

_____. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Tomo II, Buenos Aires. 1953

_____. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2ª ed., Tomo III, Buenos Aires. 1978

_____. *Tratado de la Interpretación Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1998

LOSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Dykinson. Madrid – España: 2002

MEZZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coords.) *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá Colombia: 2017 Disponible en: <https://bit.ly/3zzW3sA>

MIGUEL HARB, Benjamín. *Derecho Penal*. Tomo I. Librería Editorial Juventud. La Paz, Bolivia: 1987

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “*La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las tres últimas décadas: algunos aspectos relevantes*”. 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1sFqQAc>

ORDOÑEZ LÓPEZ, Manuel. *Constitución Política de la República de Bolivia. Leyes y Reglamentos orgánicos que le son referentes*. Imp. y Lit. Boliviana Hugo Heitmann & Co. La Paz, Bolivia: 1914

PALOMINO MANCHEGO, José F., y VELÁSQUEZ RAMIREZ, Ricardo. Convención Latinoamericana de Derecho: *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. Editorial Grijley. Lima, Perú: 1997

PAZ, Luis. *Constitución Política de la República de Bolivia. Su texto, su historia y su comentario*. Imprenta de M. Pizarro. Sucre, Bolivia: 1912

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Decimocuarta edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Duran. Marcial Pons. Madrid, España: 2014

PÉREZ TREMPES, Pablo. “*La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*”. 2003. Disponible en: <http://bit.ly/2b1ONsc>

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La interpretación constitucional*. Revista Derecho de la PUCP, núm. 39, Lima. 1985. Disponible en: <https://bit.ly/40mRZsh>

REPÚBLICA DE BOLIVIA. *Constitución Política del Estado. Notas del Dr. Ciro Félix Trigo, Catedrático de Universidad*. Duodécima edición. Gisbert & Cía. S.A., Libreros Editores. La Paz, Bolivia: 1967

RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio

_____. “El Control de Constitucionalidad en Bolivia”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Número 3. 1999a. Disponible en: <https://bit.ly/3K3Za0Q>

_____. *Reformas Constitucionales. Avances, debilidades y temas pendientes*. Talleres Gráficos Kipus. Cochabamba, Bolivia: 1999b.

_____. *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*. Grupo Editorial Kipus. Cochabamba, Bolivia: 2001.

_____. *Reforma Constitucional en Democracia*. En: *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*, editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Editorial El País. Santa Cruz, Bolivia: 2002.

_____. *La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA (editor). VI Seminario Internacional: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, (Sucre, 26 y 27 de junio de 2003). Memoria N° 7. Editorial Tupac Katari. Sucre, Bolivia: 2003.

_____. *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre, Bolivia: GTZ - PADEP - AECI. pp. 58-59. Citado por: VARGAS LIMA, Alan E. (2017). *La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional. Bases del Modelo de Control Concentrado y Plural de Constitucionalidad en Bolivia*. Grupo Editorial Kipus. Cochabamba, Bolivia: 2007

_____. *La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005*. Estudios constitucionales, 6, 2008. pp. 173-210. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100007>

_____. *Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia*. En: Serna de la Garza, José María (Coordinador). *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2009. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2728>

SAGÜÉS, Néstor Pedro

_____. *La interpretación judicial de la Constitución*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1998

_____. *“Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina”*. 2004. Documento disponible en: <http://bit.ly/1TS1Joc>

TRIGO, Ciro Félix. *Derecho Constitucional Boliviano*. Editorial Cruz del Sur. La Paz, Bolivia: 1952.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, tomo II. Bogotá, 1993

VALENCIA VEGA, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Juventud. La Paz, Bolivia: 1964

VARGAS LIMA, Alan E. *La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una Ley de Aplicación Normativa*. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (19), 2015. 446-469. En: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100019&lng=es&tlng=es.

LA ANTIHISTÓRICA Y ANTIJURIDICA MODIFICACIÓN DEL HIMNO DEL ESTADO MÉRIDA

Román J. Duque Corredor*

Individuo de numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Resumen: *El estudio analiza la modificación efectuada en el himno del Estado Mérida haciendo referencia a ocho provincias que declararon la Independencia en 1810, cuando la verdad histórica es que fueron solo siete las provincias que participaron en el Congreso de 1811.*

Palabras Clave: *Independencia. Venezuela; Estado Mérida. Himno.*

Abstract: *The study analyzes the modification made in the anthem of the State of Mérida referring to eight provinces that declared Independence in 1810, when the historical truth is that there were seven provinces that participated in the Congress of 1811*

Key words: *Venezuela Independence; Merida State. Anthem*

La inquietud de Néstor Trujillo, merideño, periodista e ingeniero, y comunicador social, de cuyo programa “Carrusel de la Fama”, soy asiduo oyente; sobre el tema de los símbolos patrios y estatales, quien me consultó acerca de la modificación del Himno del estado Mérida, mi estado, por la inclusión en la Bandera de la Patria de una estrella más a las siete que desde la independencia ha caracterizada nuestra enseña nacional; me motivo a escribir este artículo. La verdad que poco interés se ha dado a este tema y por eso alabo la “merideñidad”, de Néstor, cualidad a la que se refiere el profesor Ulandino Jovito Valbuena Gómez, que no solo identifica la capital merideña sino su significado histórico, cultural y científico¹.

Recuerdo a Néstor, que, en el himno de nuestro estado, escrito y compuesto por Antonio Febres Corredero y Gil Antonio Gil, en 1870, su estrofa II, se canta “*Porque fue una de las siete provincias que ganaron la heráldica estrella y por eso muy alta en los fastos Cual su montaña descuella*”². La razón de esa estrofa, así como la letra de otras es porque se describe en forma sucinta la historia de Mérida, desde la conquista y la colonia, hasta las guerras fratricidas del siglo XIX, pasando por los acontecimientos de la emancipación de España. Como lo dice Don Tulio Febres Cordero, en el Congreso de 1811, Mérida, unida entonces al

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Expresidente e Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Ex consultor Jurídico de la Presidencia de la Republica. Miembro Correspondiente de la Academia de Mérida. Doctor Honoris Causa y Profesor Honorario de la Universidad de Los Andes. Doctor Honoris Causa de la Universidad del Zulia. Profesor Honorario de la Universidad Católica de La Plata, Argentina. Profesor de posgrado la Universidad Católica Andrés Bello, de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Monte Ávila. Coordinador Nacional del Bloque Constitucional de Venezuela.

¹ Valbuena Gómez, Jovito, Universidad de Los Andes, Venezuela, “Merideñidad”, *Revista Geográfica Venezolana, Notas y Documentos “Merideñidad”*, vol. 59, núm. 2, pp. 466-475, 2018

² <https://meridavenezuela2014.blogspot.com/2014/03/himno-del-estado-merida-venezuela.html>

Táchira, y Trujillo, se contaba en el número de las siete Provincias de la primera Confederación Venezolana que declaró su Independencia. Puesto que, con anterioridad, según el mismo Don Tulio Febres Cordero, habiéndose congregado todo el pueblo de esta capital, y sus contornos, el 16 de septiembre de 1810, por citación que se les hizo de parte del Ilustre Ayuntamiento, la Ciudad de Mérida, proclama la Revolución del 19 de abril, desconoce las Autoridades Coloniales y erige una Junta Soberana de Gobierno³. Y que fue la declaración de la independencia de la Provincia de Mérida, según el académico Fortunato González, quien desarrolló un estudio sobre las “Bases filosóficas de la Constitución de la Provincia de Mérida de 1811”⁴. Es decir, que la estrofa II del Himno del estado Mérida, se trata de un hecho histórico, que como tal no puede desconocerse del que Mérida fue parte, junto con seis provincias, que después del 19 de abril de 1810, se constituyeron para configurar la Confederación que declaró su Independencia de España y de la cual no formaban parte Maracaibo, Coro y Guayana.

En efecto, en el Acta de Independencia de fecha 5 de julio de 1811, los representantes de las Provincias Unidas de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo, que formaban la Confederación Americana de Venezuela en el continente meridional, dicen que “reunidos en Congreso, y considerando la plena y absoluta posesión de nuestros derechos, que recobramos justa y legítimamente desde el 19 de abril de 1810, (...), y nos ha restituido el orden político de los acontecimientos humanos, patentizar al universo las razones que han emanado de estos mismos acontecimientos y autorizan el libre uso que vamos a hacer de nuestra soberanía; (...) a nombre y con la voluntad y autoridad que tenemos del virtuoso pueblo de Venezuela, declaramos solemnemente al mundo que sus Provincias Unidas son, y deben ser desde hoy, de hecho y de derecho, Estados libres, soberanos e independientes y que están absueltos de toda sumisión y dependencia de la Corona de España o de los que se dicen o dijeren sus apoderados o representantes”. Por la Provincia de Mérida, firma Antonio Nicolás Briceño, diputado de Mérida; Manuel Vicente de Maya, diputado de la Grita. Y por la Provincia de Trujillo, Juan Pablo Pacheco⁵.

Es verdad que, mediante Ley publicada en la Gaceta Oficial Número 38.394, de fecha 9 de marzo del 2006, que derogó la Ley del 17 de febrero de 1954, se estableció que la Bandera Nacional que adoptó el Congreso de la República en 1811, en el medio del color azul se colocan ocho estrellas blancas de cinco puntas, colocadas en arco de círculo con la convexidad hacia arriba. Tal modificación se argumentó, que fue para cumplir el mandato del Libertador, en su decreto del 20 de noviembre de 1817, cuyo texto decía, “Habiéndose aumentado el número de las provincias que componen la República de Venezuela, por la incorporación de la Guayana, decretada el 15 de octubre último, decreto: Artículo único. A las siete estrellas que lleva la Bandera Nacional de Venezuela se añadirá una, como emblema de la Provincia de Guayana, de modo que el número de las estrellas será en adelante de ocho”. Tal decreto lo dictó el Padre de la Patria, una vez liberada la Provincia de Guayana, para sentar las bases institucionales de la República y propiciar la creación de la Gran Colombia. El Congreso de Cúcuta, por Ley del 4 de octubre de 1821, derogó el anterior decreto porque Venezuela pasó a ser parte de la Gran Colombia. Al separarse Venezuela de la Gran Colombia, el 14 de octubre de 1830 se aprobó la primera Bandera de la República de Venezuela, con el mismo tricolor de la Bandera de Miranda, pero conservando la franja amarilla más ancha y con el escudo al centro con las palabras “Estado Venezolano”.

³ “Actas de Independencia de Mérida, Trujillo y Táchira en 1810”, halladas y publicadas por Tulio Febres Cordero, correspondiente de las Academias Nacionales de Historia de Venezuela y Colombia, Mérida, Tip De EL LAPIZ, 1910, pp. 1-21.

⁴ *Revista de Derecho Público de Venezuela* Núm. 163-164, Julio 2020

⁵ [Acta_de_la_independencia_de_Venezuela_de_1811-1_1_.pdf](#) (ucv.ve)

Ahora bien, para mejor comprensión del tema sobre si el himno del estado Mérida debe ser modificado en su estrofa II, creo pertinente precisar el significado histórico y jurídico del arco de las siete estrellas de nuestra Bandera Nacional, desde 1830, que, en mi concepto ha debido mantenerse, porque se refiere a las provincias representadas en el Congreso Constituyente de 1811, que firmaron el Acta de Independencia y que no firmaron representantes de Maracaibo, Coro y Guayana. Y, además, porque el referido decreto obligaba a la Gran Colombia y no a Venezuela después de su separación de esta entidad.

Durante la Revolución Federal liderada por Ezequiel Zamora y Crisóstomo Falcón en 1859 a la Bandera Nacional se le inserta por primera vez las siete estrellas, pero este pabellón no contaba con el Escudo Nacional, pero si conservaba el tricolor con todas sus franjas de tamaño iguales. Posteriormente, Ezequiel Zamora establece en Barinas como el Pabellón de los Estados Federales el mismo de la República, con la diferencia que en la franja amarilla llevó veinte estrellas azules, que simbolizaban las veinte provincias que formaron la Federación Venezolana. Luego, Juan Crisóstomo Falcón, cuando fue presidente, mediante un decreto del 29 de julio de 1863 introdujo nuevos cambios a la Bandera Nacional que básicamente fue la misma tricolor que adoptó Venezuela al declararse independiente, además las siete estrellas se colocaron en medio de la franja azul, formando con seis de las estrellas una circunferencia y la séptima, se colocó fuera de la circunferencia, en el centro del mismo. Ello se justificó porque según el Acta de Independencia ésta fue declarada por el Congreso Constituyente de 1811 por la Confederación integrada por siete provincias y no por los veinte estados. Cipriano Castro, mediante un decreto de fecha del 28 de marzo de 1905, hizo otro cambio a la Bandera Nacional. Esta vez la estrella que se encontraba en el centro se colocó junto a las otras seis estrellas creando una circunferencia de siete estrellas. Durante el mandato de Juan Vicente Gómez se modificó de nuevo la Bandera creando con las siete estrellas una especie de arco. Y, finalmente, durante la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez, por la Ley del 17 de febrero de 1954, la Bandera Nacional sufrió otros cambios agregando nuevamente el Escudo Nacional llevando como inscripción el nuevo nombre del país, República de Venezuela en sustitución al anterior Estados Unidos de Venezuela.

Por otra parte, la Ley de fecha 9 de marzo del 2006, que derogó la Ley del 17 de febrero de 1954, que estableció que en la Bandera Nacional que adoptó el Congreso de la República en 1811, en el medio del color azul se colocan ocho estrellas blancas de cinco puntas; en su Disposición Transitoria Primera dice que, “Los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales deberán adecuar a las disposiciones de la presente Ley, de manera progresiva y en la medida en la cual se agoten las existencias, la correspondencia y publicaciones oficiales que utilizan los Símbolos Patrios de la República Bolivariana de Venezuela en un plazo máximo de cinco años”. Textualmente se refiere a los símbolos patrios, y no los de los estados y municipios. Es decir, que cuando los poderes estatales y municipales en sus documentos coloquen la bandera nacional o el escudo nacional, deben hacerlo como lo dispuso la ley de 2006. Es decir, las ocho estrellas y el caballo del escudo corriendo hacia la izquierda. Pero no los símbolos propios de los estados, como los de nuestro estado Mérida, en razón que son materias de competencia estatal, según los artículos 162, Numeral 1; y 164, Numeral 1, ambos de la vigente Constitución de la República⁶.

⁶ Sin embargo, el Concejo Municipal del Distrito Capital, el 14 de abril de 2022, aprobó la modificación del escudo, el himno y la bandera de nuestra Ciudad Capital, que el 17 de abril, del mismo año, confirmó la Alcaldesa Carmen Meléndez. Eliminó el Escudo que fue concedido por Felipe II de España, mediante Real Cedula expedida en San Lorenzo de El Escorial, el 4 de septiembre de 1591, por petición, que en nombre del Ayuntamiento, hizo en 1589, Simón Bolívar el Mozo, antepasado de Simón Bolívar, El Libertador; y que “tiene por armas en campo de plata un León de color pardo, puesto en pie, teniendo entre los brazos una venera de oro con la cruz roja de Santiago, y por timbre un coronel de cinco puntas de oro”, José Oviedo y Baños, “Historia de la Con-

Por último, modificar la estrofa II del Himno de nuestro estado Mérida, para que se cante, “Porque *fue una de las ocho provincias que ganaron la heráldica estrella* y por eso muy alta en los fastos Cual su montaña descuella”, es una mentira histórica, y que desconoce los fundamentos institucionales de Mérida, como lo es su Acta del 16 septiembre de 1810, por la que proclamó la Revolución del 19 de abril, desconoció las Autoridades Coloniales y erigió una Junta Soberana de Gobierno. Porque la estrofa II del Himno del estado Mérida se trata de un hecho histórico, que como tal no puede desconocerse del que Mérida fue parte, junto con seis provincias, que después del 19 de abril, se constituyeron para configurar la Confederación que declaró su Independencia de España.

quista y Población de la Provincia de Venezuela (1723)”, (p. 311). O Provincia de Caracas, que, a partir de la creación de la Intendencia de Caracas en 1776, el nombre «Venezuela» pasó a designar oficialmente al territorio sobre el que en 1777 se creó la Capitanía General de Venezuela, que comprendió a las provincias de Cumaná, Guayana, Maracaibo, Mérida y las Islas de Margarita y Trinidad. La modificación del escudo consistió, en su parte de arriba, sustituir la frase “Santiago de León de Caracas 1567”, para colocar, entre unas hojas de pira y una guacamaya, la frase “Seguid el ejemplo que Caracas dio”. Y, en su parte central sustituir el León, por la figura del Libertador Simón Bolívar, junto al Cacique Guaicaipuro y una mulata; y en la parte inferior, se eliminó la frase “Ave María Santísima Sin Pecado Original Concebida en el Primer Instante de su Ser Natural”, y en su lugar, se indican como períodos históricos: “1810-1811 y 1989-2002”, colocados entre cadenas que se rompen. El nuevo himno, que se denomina “Caracas, Vencerá”, con letra y música de Noel Márquez y Manuel Barrios, que sustituyó el compuesto en su letra por José Enrique (Chelique) Sarabia y música por Tiero Pezzuti, hace referencia a los personajes indígenas Apacua-na, Tiuna y Carapaica y como fechas emblemáticas el 19 de abril, el 5 de julio y el 27 de febrero. En su estrofa III, se dice que en esta última fecha “nuestro pueblo a la calle se lanzó y “al pasado jamás regresaremos. Fecha esta que se conoce como “El Caracazo”. Y evidentemente, al incluir como un periodo histórico 1989-2002, se comprende el 4 de febrero de 1992, es decir, el golpe de estado de Hugo Chávez y el 11 y el 12 de abril de 2002, cuando Hugo Chávez renuncia y después de detenido recupera el poder. En el nuevo himno se mencionan a Guaicaipuro, Simón Rodríguez y a Simón Bolívar, pero no se refieren a Vicente Salías, ni a Andrés Bello. En mi “Poemario y Prosa Íntimos Otoñales”, en mi Poema, “Mi Caracas”, le dije, en su estrofa cuarta, “Vales por lo que han sido todos tus hijos, cuyos nombres comprendes en Santiago León de Caracas, que por herencia y legado defendemos como crucifijo, porque sin ese nombre desconocida en América serás” (Colección Valores Andinos No. 1, Fundación Alberto Adriani, Talleres Gráficos de Producciones Karol, Mérida, 2016, p. 38).

CERCO NORMATIVO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN VENEZUELA

Alí Daniels Pinto*

Abogado

Resumen: *Análisis de cómo, a partir de la Constitución se han establecido mecanismos de limitación de la libertad de asociación contrarios a los estándares internacionales de derechos humanos, bajo el uso de diferentes excusas (organización del poder popular, lucha contra el lavado de capitales y el terrorismo) generándose así un entorno normativo hostil y regresivo contra esta libertad que dificulta la articulación de la sociedad civil organizada.*

Palabras Clave: *Libertad de asociación, derechos humanos, derecho de asociación, progresividad de los derechos humanos, reserva legal.*

Abstract: *Analysis of how, based on the Constitution, mechanisms have been established to limit freedom of association contrary to international human rights standards, under the use of different excuses (organization of popular power, fight against money laundering and terrorism), thus generating a hostile and regressive regulatory environment against this freedom that hinders the articulation of organized civil society.*

Key words: *Freedom of association, human rights, right of association, progressivity of human rights, legal reservation.*

I. LAS CONTRADICCIONES, LIMITACIONES Y REGRESIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. *Las contradicciones, limitaciones, regresiones de la Constitución de 1999*

Muy a pesar de sus panegíricos, que la han calificado como la mejor constitución del mundo¹, lo cierto es que, respecto de la libertad de asociación, tal término no es cierto, pues las primeras restricciones y prohibiciones en torno a la misma las encontramos en dicho texto constitucional.

A. *La Constitución y los estándares internacionales sobre la libertad de asociación.*

De este modo, aunque el artículo 52 se reconoce que “Toda persona tiene el derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley” y que “El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho, el mismo tiene serias limitaciones en diferentes ámbitos en el mismo texto, pues el artículo 256 prohíbe a los jueces a asociarse entre sí, sin que la

* Abogado UCAB. Especialista en Derecho Administrativo UCAB. Estudios de doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid (tesis pendiente). Profesor de la UCAB. Codirector de la ONG venezolana Acceso a la Justicia. Autor de artículos en revistas académicas reconocidas.

¹ Vid: <http://www.mppf.gob.ve/pueblo-soberano-defiende-la-mejor-constitucion-del-mundo/>

exposición de motivos determine las razones para ello, en flagrante violación del estándar internacional al respecto establecido tanto en el Pacto de derechos civiles y políticos (PIDCP)² como en la Convención Americana sobre derechos humanos (CA)³, documentos en los que se establece que la prohibición de asociación puede aplicarse a la fuerza armada o a la policía, excepción esta que debe interpretarse restrictivamente y sujeta a los condicionantes ya expuestos, por lo que no pueden imponerse prohibiciones de forma discrecional, y por tanto nos encontramos con una prohibición que viola pactos internacionales suscritos por el país al momento de la entrada en vigencia de la Constitución.

Además, estos instrumentos internacionales establecen que de manera general pueden imponerse limitaciones a la libertad de asociación siempre que las mismas sean compatibles con una sociedad democrática, y en ese sentido, tales limitaciones tienen que tener una racionalidad y un sentido en servicio del sistema democrático, pero no ha habido justificación alguna que se haya documentado sobre las razones de esta prohibición, que tiene menos justificación si se considera que se coloca a los jueces al mismo nivel que la fuerza armada a pesar de ser funcionarios con regulaciones y exigencias de distinta naturaleza.

Finalizamos este apartado indicando, que en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de Naciones Unidas de 1985, en cuyo artículo 8 se reconoce que “los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión” y en el 9 se indica que “Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas”⁴, con lo cual el estándar internacional sobre el derecho de asociación es contrario a la prohibición establecida en la Constitución que de este modo viola el mismo respecto de los jueces venezolanos.

B. *Violación al principio de progresividad de los derechos humanos.*

De acuerdo con la Comisión Interamericana de derechos humanos “El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían”⁵, y además que “Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado”⁶.

Así entonces, es parte de la naturaleza de los derechos humanos el expandirse en la medida en que la dinámica de las relaciones humanas así lo exigen en beneficio de la dignidad humana, fin último de los derechos humanos. De ahí que cualquier disminución en el ejercicio de un derecho debe estar justificada de acuerdo con los condicionantes previamente comentados, y de estar dentro de estos supuestos, nos encontramos entonces con una norma regresiva, y por tanto contraria a la naturaleza de los derechos humanos.

Esto resulta palpable en la Constitución de 1999, no por la existencia de una norma expresa que así lo determine, sino precisamente por lo contrario, es decir, por la omisión de una

² Art. 22.

³ Art. 16.

⁴ Vid: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>

⁵ CIDH (1993). Informe anual. Vid. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm>

⁶ Ídem.

protección especial dada por texto constitucional previo. Así entonces, aunque la constitución de 1961 establecía en su artículo 72 que “El Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social, y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular”, estableciéndose de este modo una especial protección constitucional a estas manifestaciones de la libertad de asociación, lamentablemente la pérdida de este enunciado en el actual texto lo hace regresivo y por tanto en contradicción con la naturaleza misma de los derechos humanos, al omitirse la protección para las formas asociativas antes mencionadas.

C. *Reconocimiento de la libertad asociación en diferentes ámbitos*

A pesar de que unos de las mejoras efectivas de la Constitución de 1999 fue la de reconocer un amplio espectro de manifestaciones de la libertad de asociación, como la libertad de “asociarse con fines políticos” (art 67) aún sin denominarlos partidos políticos como antes, la libertad sindical, descrita en el muy detallado artículo 95, en el que se reconoce el derecho de constituir sindicatos, con la libertad de pertenecer o no a ellos, y excluyendo expresamente la potestad de que pudiesen ser intervenidos, suspendidos o disueltos por vía administrativa.

De igual manera, reconoce el texto constitucional diferentes medios de organización social establecidos en el artículo 70 como instrumentos de “participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político” y dentro de un amplio enunciado se incluye, la asamblea de ciudadanos, las cooperativas, las cajas de ahorro y “demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”, así como expresiones de emprendimiento social como el establecido en el artículo 118 que estimula a los trabajadores a “desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas”.

Además, incluye la Constitución de 1999, el derecho de “las comunidades de y de ciudadanos y ciudadanas “a través de asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales” a los efectos de hacer propuestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 184, numeral 2.

Lamentablemente, a pesar de lo positivo de este reconocimiento constitucional del derecho de asociación vecinal, la realidad es que las leyes del poder popular promulgadas a partir de 2010 han ido anulando este derecho, al punto que impusieron un modelo de asociación donde la voluntad de los particulares está dirigida por el Estado, pues no se reconoce ninguna asociación vecinal que no se presente bajo la figura del consejo comunal, regulado por una ley que impone fines ideológicos como “el tránsito hacia la sociedad socialista” y además se establece modelos de elección de autoridades, organización interna, control desde el Poder Ejecutivo y atribución de potestades públicas que limitan seriamente la libertad de los que deseen pertenecer a ellas.

Tales logros, sin embargo, son menoscabados por el artículo 293, numeral 6, al establecer que el poder electoral tiene la potestad de realizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos “así como otras organizaciones de la sociedad civil por solicitud de las mismas, o por orden de la Sala Electoral”.

Esta disposición, resulta evidentemente contraria a la autonomía de las organizaciones mencionadas al imponerle una intervención estatal contraria a la misma, y en ese sentido, este artículo se ha traducido en una nueva forma de intervención y restricción de la libertad de asociación con fines políticos como a la libertad sindical, pues con el simple retardo en realización de elecciones por parte del poder electoral, se imponen una serie de restricciones a las asociaciones objeto de las mismas, pues permiten por ejemplo que se nombre juntas directivas *ad hoc* por parte del poder judicial y sin garantías de independencia, así como el mante-

nimiento de situaciones, en principio temporales, de intervención por largos períodos. Al efecto, para un análisis más detallado de esto remitimos al informe de la Comisión de Encuesta de la OIT⁷ y al estudio de Acceso a la Justicia sobre los colegios profesionales de abogados⁸, en los que detalla como esta disposición se ha convertido en una manera de intervención estatal contraria a la libertad de asociación.

Sólo a título de ejemplo de las muchas violaciones a la libertad sindical denunciadas por la Comisión de encuesta tenemos que la misma recomendó “la eliminación de la figura de la mora electoral y la reforma de las normas y procedimientos de elecciones sindicales, de manera que la intervención del CNE sea verdaderamente facultativa, no suponga un mecanismo de injerencia en la vida de las organizaciones, se garantice la preminencia de la autonomía sindical en los procesos electorales y se eviten dilaciones en el ejercicio de los derechos y acciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores”⁹.

De este modo, aunque efectivamente el abanico de expresiones de la libertad de asociación se ha ampliado significativamente en la Constitución de 1999, al mismo tiempo ese texto normativo impone una injerencia del estado contrario a la autonomía de la mismas, y cuya concreción en los hechos describe una represión del derecho de asociación contraria a los estándares internacionales de derechos humanos.

D. *Balance de las prohibiciones y restricciones de la libertad de asociación en la Constitución de 1999*

Luego de lo expuesto, resulta evidente que el marco constitucional, aunque efectivamente tiene avances, sobre todo respecto a ampliar un mayor número de manifestaciones de la libertad de asociación, en la misma medida establece nuevas prohibiciones que no existían en la tradición constitucional venezolana, como la de no poder los jueces asociarse entre sí, o la de prohibir que sindicatos, gremios y partidos políticos puedan realizar sus elecciones internas sin el concurso del poder electoral en una grave intervención de la autonomía que es propia de las asociaciones y cuyas expresiones concretas ponen en evidencia una afectación manifiesta en asociaciones de enorme importancia en una sociedad que se diga democrática como son las ya mencionadas.

De ahí entonces, que estas potestades de intervención del estado suponen una violación de las disposiciones del PIDCP y de la CA en la medida en que no cumplen con la cláusula democrática que estos imponen para cualquier restricción o limitación a la libertad de asociación.

Finalizamos señalando lo grave de la situación de la libertad de asociación cuando su violación se inicia en el mismo texto que debería garantizarla.

⁷ Vid. Comisión de Encuesta (2019). Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144) https://www.ilo.org/global/WCMS_722037/lang-es/index.htm

⁸ Acceso a la Justicia (2022). La toma del poder en los colegios de abogados de Venezuela 2000-2020. Vid: <https://accesoalajusticia.org/la-toma-del-poder-en-los-colegios-de-abogados-de-venezuela-2000-2020/>

⁹ Comisión de Encuesta (2019). *Op. Cit.*

II. NORMAS DE RANGO LEGAL QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.

La afectación de la libertad de asociación a nivel legislativo puede apreciarse de dos maneras diferentes: aquellas leyes que afectan directamente a este derecho y las que imponen unas estructuras, ajenas a la libertad de asociación, que sustituyen y hasta usurpan espacios que naturalmente corresponderían a asociaciones de diversa naturaleza.

Es decir, la intervención del estado se aplica tanto a las asociaciones ya existentes imponiendo limitaciones, gravámenes o eliminando beneficios o derechos, y por otro lado, imponiendo estructuras con un régimen de derecho público estableciéndolas como representantes de la sociedad organizada y excluyendo a las asociaciones que desde las comunidades están trabajando por el beneficio de estas últimas.

Este último supuesto, es el relativo a las estructuras establecidas por medio de las llamadas leyes del poder popular, el cual, a pesar de ser rechazado en el referéndum de 2007¹⁰, fue impuesto, ya no a través de la constitución sino por instrumentos de rango legal.

Siguiendo estos supuestos pasaremos a analizar en primer lugar la imposición del llamado poder popular y su afectación a la libertad de asociación y luego analizaremos aquellas disposiciones legales que afectan a las organizaciones constituidas de acuerdo con el régimen de derecho civil y que corresponden a lo que conocemos como asociaciones en sentido estricto, así como.

1. *Las leyes del poder popular y la libertad de asociación*

En la Constitución de 1999 se utilizan conceptos de participación de los ciudadanos de manera reiterada, y así por ejemplo se utiliza la expresión “participación ciudadana” como parte de las políticas de toma de decisiones y de conformación de entidades públicas en 6 artículos constitucionales (128,168, 173, 187, 255 y 294).

En el mismo sentido se invoca la consulta y participación de la “sociedad civil” en los artículos 206, 296 y 326, así como a la “sociedad organizada” (arts. 185, 182 y 211), lo que debería corresponderse entonces con una comunicación fluida y efectiva con quienes actúa y conforman el tejido social tan diverso que se presenta dentro de tales conceptos.

Asimismo, debe indicarse que del texto constitucional se desprende lo que ha considerarse el derecho de participación, y en ese sentido compartimos lo expuesto por Nikken al respecto cuando afirma que “es necesario destacar que el derecho a la participación en los asuntos públicos no aparece definido en la constitución, salvo cuando el artículo 62 se refiere a la participación del pueblo en “la formación, ejecución y control de la gestión pública”; lo cual permitiría decir que participar en los asuntos públicos es tomar parte en la formación, ejecución y control de la gestión pública”¹¹ (énfasis propio).

¹⁰ Brewer Carías, Allan (2008). La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario. *Vid.:* <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2008/08/569.-.-568-La-rechazada-reforma-constitucional-de-2007-por-el-poder-constituyente-originario.pdf>

¹¹ Nikken, Claudia (2011). *La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el Derecho a la Participación Ciudadana en los Asuntos Públicos*, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal* (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal). EJV. Caracas. p. 199. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/04/II2-LEYES-ORGANICAS-SOBRE-EL-PODER-POPULAR-Y-EL-ESTADO-COMUNAL-20-FEBRERO-2011.pdf>

De ahí entonces, que el papel que la constitución le da a la organización social como medio de participación ciudadana tiene unos efectos concretos tanto en la formación de políticas públicas, como en su ejecución y control, por lo que los modos en que esa participación se da deben ser compatibles con los principios democráticos en los que se fundamenta la constitución, así como el ejercicio de los derechos en ella reconocidos.

Sin embargo, ya en el año 2006, empezaron a establecerse estructuras, conocidas como Consejos Comunales, creados a partir de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales¹², cuyo artículo 2 decía que estos:

“son instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades *en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social*” (énfasis propio).

Esto se traduce en la introducción de un modelo participación ciudadano a partir de estas estructuras, consideradas como pueblo organizado, y prescindiendo de otras formas de asociación ciudadana, y a la que además se le pretenden dar, no sólo la representación de las organizaciones comunitarias y otros medios representación de las comunidades, sino también trasladarles competencia de entidades públicas ya establecidas en el modelo de estado concebido en la constitución de 1999¹³, que no menciona ni estas estructura ni lo que luego se conocerá como estado comunal.

En sentido entonces, no se trata sólo una sustitución de la participación ciudadana, plural y diversa por naturaleza, por estructuras impuestas por ley, sino además de la imposición de un nuevo modelo constitucional al margen del texto de 1999¹⁴. Lo dicho quedaría todavía más claro cuando la oración final del artículo citado fuera modificado en el año 2009 en los siguientes términos “en la construcción del nuevo modelo de *sociedad socialista* de igualdad, equidad y justicia social” (énfasis propio).

Debemos indicar, además que la constitución, registro y control de los Consejos Comunales se hace dentro de unos principios de derecho público de obligado cumplimiento que no pueden ser relajados por sus miembros y de los que depende el reconocimiento de la administración pública sobre la legalidad del Consejo de que se trate. Este régimen, como se ve, se inicia en los propios fines que se imponen a estos, y siguen respecto de cada aspecto de los mismos, por lo que no puede reconocerse estos Consejos Comunales como una manifestación de la libertad de asociación, por las razones ya expuestas, y por lo mismo, no pueden sustituir a la comunidad organizada en el legítimo ejercicio de este derecho.

¹² Gaceta Oficial N° 5.806 del 10 de abril de 2006 posteriormente reformada el 28 de diciembre 2009 en la Gaceta Oficial N° 39.335.

¹³ Ver el artículo de la Ley orgánica para la gestión comunitaria de competencias, servicios y otras atribuciones: “El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica tiene por objeto establecer los principios, normas, procedimientos y mecanismos para la transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos del Poder Público a las Comunidades, Comunas, Consejos Comunales, Empresas de Propiedad Social Directas o Indirectas, y otras organizaciones de base del Poder Popular, legítimamente registradas como organizaciones del poder popular, con personalidad jurídica y adecuadas a lo establecido en el presente Decreto Ley, para el pleno ejercicio de la democracia participativa y la prestación y gestión eficaz, eficiente, sustentable y sostenible de bienes, servicios y recursos destinados a satisfacer las necesidades colectivas”.

¹⁴ Vid. Brewer Carías, Allan (2011). Sobre el poder popular y el estado comunal en Venezuela. pp. 1 y ss. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/01/78.-Brewer-Carías.-Sobre-el-Estado-Comunal...opular-en-Venezuela-31-12-2010.doc.pdf>

Esta propuesta de cambiar la forma de estado concebida en la Constitución de 1999 se quiso formalizar con la propuesta de reforma constitucional llevada a cabo en el referéndum realizado el 7 de diciembre de 2007 y que fuera rechazada por el pueblo venezolano en esa oportunidad¹⁵.

Pese a ello, el nuevo modelo de estado igual fue introducido mediante la aprobación de las siguientes leyes por parte de la Asamblea Nacional:

- 1) Reforma a la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (Gaceta Oficial N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009)
- 2) Ley Orgánica del Poder Popular (Gaceta Oficial N° 6.011 ext. del 21 de diciembre de 2010).
- 3) Ley Orgánica de las Comunas (Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.011 del 21 de diciembre 2010)
- 4) Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (Gaceta Oficial N° 6.011 ext. de fecha 21 de diciembre de 2010).
- 5) Ley Orgánica de Contraloría Social (Gaceta Oficial N° 6.013 del 23 de diciembre de 2010)

Así, dentro de este conjunto de leyes, el concepto de comunidad organizada tiene una connotación muy diferente a la se interpreta del texto constitucional, pues del acuerdo con el artículo de la Ley Orgánica del Poder Popular se dice lo siguiente:

A los efectos de la presente Ley se entiende por:

Comunidad organizada: Constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra organización social de base, articulada a una instancia del Poder Popular debidamente reconocida por la ley y registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana.

Partiendo entonces de esta idea de organización social, resulta evidente que otros tipos de asociación vecinal, comunitaria o ciudadana queda exceptuadas y que las reguladas por las leyes citadas son la única expresión reconocida de organización ciudadana.

De ahí entonces que concordemos con Hernández et alia, en el sentido que esta concepción de organización social atenta contra la libertad de expresión con afirman:

“...es inconstitucional, porque impone esa exigencia u obligación de alinear la libertad de asociación a la ejecución de un proyecto único y un Plan estatal dictado por un órgano del Poder Constituido como es el Ejecutivo Nacional. Poco importa el signo político del modelo y del Plan, y si éste es compatible o no con la Constitución, en realidad, es la imposición en sí misma, o la implícita prohibición de hacer ejercicio de la libertad de asociación con fines diferentes a los de la construcción de la sociedad socialista y la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, lo que resulta inconstitucional. Plan de Desarrollo, recordemos, que actualmente ha sido incluso calificado como el Primer Plan Socialista” (énfasis propio)¹⁶

¹⁵ *Ibid.* p. 2.

¹⁶ Hernández G., José Ignacio et alia (2011). *Sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del poder popular*, en Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal). EJV. Caracas. p. 557. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/04/II2-LEYES-ORGANICAS-SOBRE-EL-PODER-POPULAR-Y-EL-ESTADO-COMUNAL-20-FEBRERO-2011.pdf>

Es decir, la contradicción con la libertad de asociación se verifica por dos razones, tanto por la imposición de un modelo supuestamente asociativo, sino también por el hecho de que al ser el único reconocido como tal, implica una prohibición de otros supuestos de ejercicio de este derecho.

Lo dicho tiene expresiones concretas de obligado cumplimiento para los poderes públicos, y así por ejemplo, en la Ley Orgánica de Educación¹⁷ se indica en su artículo 18 que:

“Los consejos comunales, los pueblos y comunidades indígenas y demás organizaciones sociales de la comunidad, en ejercicio del Poder Popular y en su condición de corresponsables en la educación están en la obligación de contribuir con la formación integral de los ciudadanos y las ciudadanas...” (énfasis propio)

Ello también ocurre en la Ley Orgánica del Sistema de Justicia¹⁸ en la que se reconoce el derecho de toda persona a participar en la formación de políticas y control de gestión del sistema “a través de los Consejos Comunales y demás formas de organización del Poder Popular” (art. 7), y bajo el mismo medio en la selección y designación de funcionarios del sistema (art. 24); así como en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹ (art. 119).

Estos instrumentos del poder popular, también se identifican como “sociedad organizada” pues de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno²⁰ se afirma que esta es:

“Constituida por consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras, comunas y cualquier otra organización de base del Poder Popular debidamente registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana”.

Para finalizar, y siempre a título de ejemplo, pues la invocación del poder popular es una constante en el derecho venezolano a partir del 2009, tenemos que incluso se le reconocen competencias e injerencia en el ámbito deportivo pues la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física²¹ en su artículo 4 se impone a la administración pública “impulsar la transferencia de competencias a las organizaciones del Poder Popular”.

Lo dicho implica, entre otras cosas, que, aunque es perfectamente posible que un grupo de vecinos constituya una asociación civil con todas las libertades propias que se derivan de derecho de asociación, se corre el riesgo de que las autoridades no la reconozcan como legítima representación vecinal si no se presenta ante las mismas con el andamiaje del poder popular.

Así entonces, resulta evidente que las estructuras del poder popular se consideran las únicas manifestaciones de la sociedad organizada, con la imposición de mecanismos de obligado cumplimiento y no relajables por quienes los conforman, desarrollan y aplican, y por lo tanto violan la libertad de asociación al impedir tanto su libre ejercicio como mecanismo de participación sino que implícitamente la prohíben al reconocer solamente a las primeras como expresiones de la sociedad o la comunidad organizada.

¹⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.929 ext. del 15 de agosto de 2009.

¹⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 30.276 del 1° de octubre de 2009.

¹⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6684 ext. del 19 de enero de 2022.

²⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.963 ext. del 22 de febrero de 2010.

²¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.741 del 23 de agosto de 2011.

2. *Leyes que afectan o restringen la libertad de asociación.*

A. *Ley en Defensa de la Soberanía y Autodeterminación Nacional*²²

En esta ley se prohíbe el financiamiento internacional tanto a organizaciones con fines políticos (que es la denominación constitucional para los antiguos partidos políticos), personas naturales que “realice actividades políticas” (art. 1) así como para organizaciones no gubernamentales que realicen “actividades para la defensa de derechos políticos” (art. 2) que “atenten contra la soberanía, la independencia de la Nación, el ejercicio de las instituciones nacionales o de las autoridades legalmente constituidas”.

Para que no queden dudas, el numeral 2 del artículo 3 nos señala que debe entenderse por “organizaciones para la defensa de los derechos políticos” esto es, “aquellas que tengan por finalidad en su constitución promover, divulgar, informar o defender el pleno ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía”.

Asimismo, el artículo 4 de la ley establece que el patrimonio de las organizaciones con fines políticos sólo puede estar constituido por bienes y recursos nacionales, y el artículo 5 señala que tanto estas organizaciones como las que realicen defensa de los derechos políticos o personas naturales que realicen actividades políticas “sólo podrán recibir donaciones o contribuciones que provengan de personas naturales o jurídicas nacionales”.

En caso de incumplimiento, el artículo 6 indica que si las organizaciones reciben financiamiento internacional, serán sancionadas con multa “equivalente al doble del monto recibido”, sin perjuicio de la aplicación de otras sanciones establecidas en otras leyes. En el caso de personas naturales se repite el mismo tipo de sanción (art. 7).

Tómese en consideración que se considera que la simple percepción de financiamiento internacional es un hecho sancionable, es decir, no hay que demostrar ni dolo ni culpa, bases del derecho sancionatorio universal, generándose de esta manera un supuesto de responsabilidad objetiva contraria a la presunción de inocencia de la persona humana.

Adicionalmente debemos indicar que la ley no establece el procedimiento a aplicar ni cual es la autoridad competente para aplicar alguna de las sanciones establecidas en dicho instrumento legal.

El artículo 8 indica además que tanto las organizaciones con fines políticos, las de defensa de los derechos políticos o particulares que “inviten a ciudadanos o ciudadanas u organizaciones extranjeras, para que bajo su patrocinio emitan opiniones que ofendan las instituciones del Estado, sus altos funcionarios o altas funcionarias, o atenten contra el ejercicio de la soberanía”, serán sancionados por una multa que puede ir entre 5000 a 10.000 unidades tributarias. Además, quienes emitan estas opiniones estarán sujetas a la expulsión del país.

En este supuesto, debe tomarse en consideración que se hace responsable a unas personas por las expresiones de otras, violando el básico principio de que la responsabilidad penal es individual, por lo que no puede hacerse responsable a una persona por las opiniones de otras, sobre todo considerando conceptos tan subjetivos como la ofensa de las instituciones del estado o de sus altos funcionarios o el “ejercicio de la soberanía” supuestos todos estos sujetos a muy diversas interpretaciones.

De hecho, es un argumento reiterado en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en cualquier discusión sobre las violaciones derechos humanos sea respondida

²² Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 ext. del 23 de diciembre de 2010.

como injerencia y violación de la soberanía del país, a pesar de que el respeto a estos derechos es parte del mandato de Naciones Unidas²³.

En caso de reincidencia en la recepción de financiamiento internacional se aplicará una “serán inhabilitadas para participar en procesos electorales por un lapso entre cinco a ocho años y la multa prevista en el artículo 8 de esta Ley será aumentada en una tercera parte” (art. 10).

Finalmente, la ley establece como pena accesoria para los sujetos pasibles de sanción, sea porque reciban financiamiento internacional o “auspicien la presencia de ciudadanos extranjeros o ciudadanas extranjeras que atenten contra la soberanía, la independencia de la Nación y sus instituciones” tendrán una pena accesoria de “inhabilitación política por un lapso entre cinco a ocho años” (art. 9). A este respecto tampoco se indica cual es la autoridad competente para aplicar esta pena accesoria que en realidad por su dureza nos parece principal.

B. *Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*²⁴

Esta ley, hemos de acotarlo, aunque fue reformada en el año 2010, data de 1965²⁵ y las disposiciones que más afectan a la libertad de asociación corresponden al texto original, de modo que en este caso lo que ha ocurrido es una continuación en el asedio a este derecho.

De este modo, en el artículo 6, se prohíbe a los entonces denominados partidos político el suscribir declaraciones o acuerdos que atenten “contra la soberanía o la independencia de la Nación”, términos estos que siempre puede ser sujeto de interpretaciones tan subjetivas como amplias y por tanto servir como mecanismos de represión. De este modo, en el contexto de 1965, esto podría interpretarse como una prohibición de suscribir declaraciones en apoyo al gobierno de Cuba, inspiración del movimiento guerrillero de la época, mientras que actualmente los que expresan sus acuerdos con ese país pueden interpretar esta norma a partir de cualquier declaración a favor de los Estados Unidos de América. Al final es la misma norma, y lo que cambian son las filias y fobias de quienes detentan el poder.

Otra limitante exorbitante de esta ley, es que además de los requisitos que deben presentarse por ante la autoridad electoral para que un partido político sea constituido, debe notificarse a “la autoridad civil del Distrito o Departamento” la ubicación de las oficinas o locales en los que se establecerán y de no hacerlos “Serán clausurados los locales de asociaciones o grupos políticos que funcionen sin haber cumplido con los requisitos previstos en la primera parte de este artículo” (art. 8).

Este exceso pone de manifiesto, una visión de los partidos políticos como entes sujetos a una permanente sospecha, y por tanto, necesitados de vigilancia, pero más allá de ello, el que se condicione la permanencia de un partido político a un proceso adicional ante autoridades diferentes a las electorales resulta en un exceso y sujeta la libertad de asociación a un mecanismo autorizatorio que no tiene justificación alguna, pues en todo caso, lo que puede ocurrir es una notificación a la autoridad administrativa, pero no so pena de cerrar los locales, lo que a todas luces es excesivo.

Finalmente, el artículo 46 les otorga a los gobernadores de estados y alcaldes del país la potestad de señalar donde no podrán hacerse “reuniones públicas o manifestaciones” con la única condición de que lo que haga “oyendo previamente la opinión de los partidos”. Esta discrecionalidad también resulta excesiva en la medida en que no se dan condiciones o requie-

²³ Ver, por ejemplo: https://twitter.com/_Provea/status/1310507447765864448?t=dUNwj06zMTNuUx4iQrP04g&s=19

²⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 ext. del 23 de diciembre 2010.

²⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 27.725 del 30 de abril de 1965.

rimientos técnicos para tomar esta decisión, sino que lo deja al libre arbitrio de las autoridades mencionadas, lo que fácilmente puede traducirse en arbitrariedad.

En materia de limitación de derechos la discrecionalidad debe ser la excepción, y bajo condiciones muy concretas, para evitar que esta se convierta en abuso de poder.

C. *Ley contra la Delincuencia Organizada y el Terrorismo*²⁶

Esta norma, tiene especial importancia en estos días por ser la base de normas de rango sublegal que limitan y hasta impiden el ejercicio de la libertad de asociación. En razón de ello, su afectación directa es más por lo que no dice y debería decir, esto es, la regulación de las organizaciones sin fines de lucro (OSFL), de acuerdo con la terminología financiera²⁷, concepto en el que se agruparían la mayoría de las expresiones asociativas del país.

Así entonces, la ley considera sujetos de la misma “las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas” (art. 2) y más concretamente bajo la denominación de “sujetos obligados” las “fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro; organizaciones con fines políticos, grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y ciudadanas y de las personas que se postulen por iniciativa propia para cargos de elección popular” (art. 9) quedando estas organizaciones bajo unos órganos de control administrativo que tienen las potestades de “regular, supervisar y sancionar administrativamente a los sujetos obligados sometidos a su control, supervisión, fiscalización y vigilancia”.

Todo lo anterior, podemos decir que forma parte de cualquier regulación en materia de lucha contra la legitimación de capitales y el financiamiento del terrorismo, y así en el numeral 13 del mismo artículo 8 sobre las potestades de los entes de control de se indica que deberán “Mantener un registro actualizado de los sujetos obligados respectivos, con todos los datos que sean necesarios para su eficaz control” sin mayores exigencias y por lo tanto, dejando a la discrecionalidad de la administración cómo debe hacerse tal registro.

Así, una interpretación progresiva de esta norma implicaría la recopilación de la información que ya el estado tiene, en los correspondientes registros de las organizaciones con personalidad jurídica, dado que eso sería coherente con el principio de eficacia administrativa.

Debemos enfatizar, además, que esta última es la posición oficial del gobierno de Venezuela ante el GAFI, pues como se plasma en el 8vo Informe de Seguimiento realizado en el marco de la Evaluación Mutua realizada por el capítulo del Caribe del GAFI, al que pertenece Venezuela, se dijo lo siguiente:

“las autoridades explicaron que se establecieron obligaciones de registro para las organizaciones sin fines de lucro, las fundaciones y las asociaciones civiles. Estas deben registrarse ante el *Registro Subalterno Respectivo (adscrito al Servicio Autónomo de Registros y Notarías) así como también ante el Servicio de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)*; estos dos últimos Entes u Órganos de Control, lo son en cuanto a prevención y control de legitimación de capitales y contra el financiamiento al terrorismo de conformidad con lo dispuesto en la LOCDOFT”²⁸

²⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012.

²⁷ Vid: Las Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional). Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

²⁸ Grupo de Acción Financiera del Caribe (2014). Octavo Informe de Seguimiento. p. 24. Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/es/paises-miembros/venezuela>. Además, este planteamiento también se expresó, al menos, en los dos informes previos de seguimiento de Febrero y Noviembre de 2013.

Así entonces, es la posición oficial del gobierno ante el GAFI que la inscripción en el registro y ante el SENIAT basta para que se cumplan la obligación de control y regulación del sector en materia de OSFL, criterio este que compartimos, pero que lamentablemente ha sido contradicho por decisiones posteriores, sin ninguna justificación, como veremos posteriormente.

Además, debemos recordar que de acuerdo con el artículo 11 del Decreto Ley de simplificación de trámites administrativos²⁹ los distintos entes administrativos “no podrán exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración Pública tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder”, por lo que la creación de nuevos registros con información que ya reposa en archivos público pierde toda racionalidad y vigencia.

Asimismo, debería de partirse de la legalidad y legitimidad de las organizaciones y por tanto no considerar la existencia o no de estas de la formalidad del registro que no puede tener efectos constitutivos ni autorizatorios, sino de simple notificación de la autoridad administrativa en el área de su competencia.

Partiendo de tal supuesto, la primera consideración es que cualquier regulación reglamentaria de esta ley no puede establecer limitaciones a la libertad de asociación, tanto por el propio mandato constitucional contenido en el artículo 52 que indica que la libertad de asociación estará regulada “de conformidad con la ley”, lo que coincide con el artículo 16.3 de la Convención Americana.

Esta reserva de ley implica entonces que la falta de regulación de determinadas materias sobre legitimación de capitales no genera habilitación alguna a la administración para establecer limitaciones por vía de normas de rango sublegal.

Sin embargo, como veremos *infra* esto no es así, y mucho de ello por la ausencia de una ley que establezca los necesarios límites a las potestades administrativas.

Finalmente, debemos enfatizar que aunque la ley establece sanciones de multa por el incumplimiento de obligaciones (art. 10 y ss.), en su mayoría derivadas de la intermediación financiera, mantiene algunos supuestos exigibles para todos los sujetos obligados, como el tener archivos y procedimientos que permitan conocer a los que intervienen en las diferentes transacciones, no establece sanción alguna vinculada al registro de organizaciones sin fines de lucro, y en tal situación, tampoco podría el reglamentista establecerla por las razones ya expuestas.

D. *Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación*³⁰

Aunque el objeto de esta ley, determinado en su artículo 1ro. no es otro que “regular el registro y el alistamiento para la defensa, la seguridad y el desarrollo integral de la Nación” contiene disposiciones cuyo contenido sorprende por la afectación que supone a la libertad de asociación.

Así entonces, tenemos que el artículo 2 *eiusdem* dispone que la ley aplicable a venezolanos por nacimiento o naturalización, así como también a personas jurídicas públicas y privadas. Dentro de este último supuesto, encontramos con que el artículo 13 indica que “los entes públicos, y privados, así como las autoridades civiles y militares, deben cooperar de manera inmediata con los funcionarios y funcionarias que ejecutan la presente Ley”.

²⁹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014.

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.440 del 25 de junio de 2014.

Luego, el artículo 40 señala cual es el alcance de esta cooperación, pues establece que toda persona jurídica “debe registrarse o actualizar sus datos en el Registro para la Defensa Integral dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de formalización ante el registro respectivo, en el marco de la corresponsabilidad, las personas jurídicas serán categorizadas en el Reglamento de la presente Ley, a los fines de su participación en la seguridad y defensa integral de la Nación”, todo ello bajo pena de multa entre 50 a 150 unidades tributarias³¹, sin menoscabo de otras sanciones (art. 101). También se aplica sanción de multa en el caso de que la persona jurídica no actualice sus datos (art. 103) así como por la reincidencia en el incumplimiento (art. 104).

Finaliza todo este esquema sancionatorio indicando que el certificado de inscripción en el Registro para la Defensa Integral será un requisito para la obtención de la solvencia laboral, solvencia esta que es, a su vez, una exigencia para contratar con el estado o para solicitar créditos en la banca pública³².

Lo dicho tiene efectos, como se ha visto, respecto de las asociaciones con personalidad jurídica, imponiéndole obligaciones cuyo incumplimiento puede afectar convenios o acuerdos de cooperación que estas puedan tener con el estado, muy a pesar de que el objeto de estas asociaciones nada tenga que ver con la defensa de la Nación.

Debemos enfatizar, una vez más, que la creación de registros para asociaciones no tiene sentido alguno respecto de aquellas que tienen personalidad jurídica, en la medida en que la información de estas se encuentra el poder del estado, y por lo mismo no tiene sentido que ese mismo estado exija información que se encuentra en su poder, generando cargas a las asociaciones que no tienen ni sentido ni utilidad alguna.

E. *Decreto N° 1.435 de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*³³.

La afectación a las asociaciones derivada de este instrumento legal es muy puntual pero no por ello menos nociva, en la medida en que se elimina del artículo 14 de la a las organizaciones dedicadas exclusivamente a actividades religiosas, artísticas, científicas, de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, tecnológicas, culturales, deportivas y las asociaciones profesionales o gremiales, instituciones universitarias y las educacionales, entre los sujetos exentos del pago del impuesto sobre la renta, lo que, aunque no implica que las asociaciones sin fines de lucro paguen tal carga impositiva, precisamente porque no generan renta, sí obliga al cumplimiento de deberes formales como la declaración correspondiente, con la carga económica que ello acarrea a organizaciones que por su naturaleza siempre están con serias limitaciones presupuestarias.

III. NORMAS DE RANGO SUBLEGAL QUE AFECTAN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

No podemos obviar que el simple enunciando de este título resulta contradictorio pues, por las razones expuestas *supra*, no pueden normas sublegales limitar o restringir la libertad de asociación so pena de violar la reserva legal en la materia establecida tanto en la Constitución como en la Convención Americana, y pese a ello, tales disposiciones existen por lo que haremos referencia a las que más ponen en peligro el ejercicio de este derecho humano.

³¹ Una unidad tributaria equivale actualmente a Bs. 0,40. Vid: <https://accesoalajusticia.org/aumento-de-la-unidad-tributaria-a-040-bolivares/>

³² Vid: <https://www.lablabor.com.ve/wp-content/uploads/2020/04/Decreto-N-4248-Solvencia-Laboral.docx>

³³ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.152 ext. del 18 de noviembre de 2014.

1. *Normas Relativas a la Administración y Fiscalización de los riesgos relacionados con la Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, aplicables a las Instituciones del Sector Bancario*³⁴

Debe señalarse en primer lugar, que todas las normas sublegales que limitan la libertad de asociación están vinculadas al sector financiero bajo el cobijo de la lucha contra la legitimación de capitales, aunque también debe indicarse que las exigencias que de esa lucha se derivan no liberan en absoluto al estado venezolano de su obligación de cumplir con el principio de reserva legal en materia de limitaciones de derechos humanos.

A lo expuesto, debe agregarse que la lucha contra la legitimación de capitales también tiene unos estándares internacionales por los que tiene que regirse cada país, y que por lo, no quedan al arbitrio ni a la discrecionalidad de las autoridades nacionales. En ese sentido, el órgano rector en la materia es el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)³⁵, y este a través de sus 40 recomendaciones establece los elementos que deben cumplir los países sobre la lucha contra la legitimación de capitales.

En este sentido, la recomendación N° 8³⁶ es la que regula lo relativo a las organizaciones sin fines de lucro, denominación en la que se engloba a la mayoría de las asociaciones. Esta recomendación expresamente indica que:

“Las medidas para proteger a las OSFL del potencial abuso para financiamiento del terrorismo deberán estar focalizadas y en línea con el enfoque basado en riesgo. También es importante que dichas medidas sean establecidas de manera que respeten las obligaciones de los países con base en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario”

Así entonces, resulta necesario que cualquier regulación sobre las organizaciones sin fines de lucro (OSFL), primero, no sean generalizadas, sino focalizadas y en según lugar, que se aplican luego de un análisis de riesgo. Esto último supone un estudio del universo de organizaciones, con la realización de una consulta previa e informada a las mismas de sus labores, objetivos y medios de financiamiento, y a partir de allí establecer categorías de riesgo, pues por ejemplo no es lo mismo una asociación que reciben únicamente subsidios del estado que otra que recibe su financiamiento desde un paraíso fiscal. De este modo, las distintas realidades de las diferentes organizaciones sin fines de lucro exigen un tratamiento diferenciado tal como exige el GAFI.

En tal sentido, la recomendación N° 8 exige que las regulaciones sobre las OSFL sean respetuosas de la Carta de las Naciones Unidas, que como es sabido, contiene un mandato expreso de protección de derechos humanos³⁷.

Todo lo anterior se origina en el hecho de que estas Normas dictadas por la Superintendencia de Bancos en el año 2019 obvia por completo estas recomendaciones al señalar, sin motivación alguna, en artículo 43, numeral 1, literal i que las Asociaciones sin fines de lucros y las Fundaciones, deben considerarse como “clientes o actividades económicas alto riesgo”,

³⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 41.566 del 17 de enero de 2019.

³⁵ Vid. <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

³⁶ Vid. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/414-recomendacion-8-organizaciones-sin-fines-de-lucro>

³⁷ Así, por ejemplo, el artículo 1.3: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;” (énfasis propio).

lo que implica que no se trata de una medida focalizada sino completamente generalizada e indiscriminada, y por supuesto, sin análisis de riesgo alguno, violando flagrantemente lo dispuesto por el GAFI, y generando una presunción en contra de las organizaciones sin previamente analizar los múltiples matices que existen entre las OSFL.

Consecuencia de lo anterior, es que de acuerdo con el artículo 119 numeral 7 de las normas, se exige a los sujetos obligados (generalmente operadores del sistema financiero) por estas dar “Seguimiento intensificado de aquellos clientes clasificado como de Riesgo Alto”, sin indicar en que consiste este tratamiento diferenciado, pero exponiendo a la OSFL a un mayor grado de exigencias y requisitos para aquellas.

Así, las OSFL sin que exista razones basadas en las normas del GAFI, están sujetas a un marco regulatorio en el ámbito financiero independientemente del origen de sus fondos, y por tanto, limitando su capacidad de acción al tener que cumplir exigencias que no se compadecen con la realidad particular de su financiamiento.

2. *Circular SIB-DSB-CJ-OD-06524 de fecha 20 de noviembre de 2020*³⁸

Siguiendo esta consideración indiscriminada de las OSFL, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) dictó una circular en la que afirmó que esta había evidenciado “el uso malicioso por parte de algunas Organizaciones bajo la figura de persona jurídica de un producto financiero prestado a través de una tarjeta prepagada denominada Profesional Benefits, de uso nacional e internacional, lo cual representa para el sistema bancario nacional una alerta” en materia de legitimación de capitales.

En razón de esta situación particular, prestada por dos instituciones financieras nombradas en la circular, la SUDEBAN exhorta a la Banca para “maximizar los protocolos establecidos en materia de Prevención y Control de Legitimación de Capitales, así como verificar la legalidad y debida autorización de las empresas que pretendan prestar dichos servicios financieros”.

Es decir, de una situación muy particular de “algunas” organizaciones se extendió una alerta a todo el sistema financiero, una vez más, sin análisis de riesgo y sin focalización de las acciones a tomar.

3. *Normas especiales para el reconocimiento y funcionamiento de las organizaciones asociativas no gubernamentales no domiciliadas en Venezuela*³⁹

Esta Resolución conjunta establece que se considera como organizaciones no gubernamentales no domiciliadas en el país a aquella “Organización No Gubernamental de carácter privado que, no teniendo domicilio en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, ha cumplido con los requisitos de forma y fondo para su constitución, y cuya existencia, capacidad, funcionamiento y extinción están sometidos al Derecho del lugar de dicha constitución”.

Determinado estas entidades como sujetos de la resolución se establece que las mismas podrán realizar sus actividades en el país sujeto a las siguientes condiciones: 1) Obtengan la

³⁸ Las circulares por lo general no son publicadas en Gaceta Oficial pero la SUDEBAN publicó su contenido vía twitter: https://twitter.com/SudebanInforma/status/1330176806461304832?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1330176806461304832%7Ctwgr%5E44bf36589a53f1dad95ebba19cc753da0e50f8a9%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Ftal.cualdigital.com%2Fsudeban-ordena-monitorear-cuentas-de-organizaciones-sin-fines-de-lucro%2F

³⁹ Resolución Conjunta de los ministerios para Relaciones Interiores, Justicia y Paz N° 082 y para Relaciones Exteriores N° 320, de fecha 19/10/2020, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.994 del 27 de octubre de 2.020.

correspondiente certificación de inscripción en el Registro Especial Automatizado de Organizaciones No Gubernamentales No Domiciliadas (REGONG); y 2) Posean establecimiento permanente, sede o base fija, o designen a un representante, de conformidad con las disposiciones de la Resolución y demás normativa aplicable.

De lo dicho resulta evidente que nos encontramos ante un procedimiento autorizatorio para el ejercicio y desarrollo de la actividad asociativa, y por tanto para que se puedan verificar los fines que cada entidad no domiciliada se haya trazado en el país. De hecho, al exigirse la existencia de un establecimiento permanente, cambian la naturaleza de las asociaciones en la medida en que las convertirían en domiciliadas, y por tanto (y esta es la incoherencia), dejarían de ser sujetos de la resolución.

Esta prohibición de poder realizar labores en el país si no se está inscrito en el Regong, supone una vez más, otra violación en el principio de reserva legal para limitar el derecho de asociación.

No menor que lo anterior es que en su artículo 2.1. se circunscribe la actividad de estas organizaciones en el ámbito humanitario a que desarrollen su actividad “en el marco del Plan de Respuesta Humanitaria con Panorama de Necesidades de las Naciones Unidas” lo que es totalmente incompatible con la autonomía de gestión de las asociaciones que puede o no seguir ese Plan en su derecho de dar ayuda humanitaria a quien lo necesite.

En ese sentido, debemos enfatizar que no es lo mismo que se mantenga informado al estado de lo que se haga, precisamente para que este pueda monitorear las mejoras en la situación de la población, y otra muy distinta, es obligar a las organizaciones a actuar únicamente dentro de un determinado marco de acción, pues esto viola la libertad esencial de quien da la ayuda y que puede tener diferencias, por ejemplo, en cuanto a prioridades, de las que se hayan establecido en el marco institucional mencionado, como puede ocurrir, en el caso de que en este último no se haya incluido una población de riesgo que una organización en particular sí tenga como prioridad.

La motivación de esta exigencia de acuerdo el tercero de sus “considerandos” es “para vigilar y prevenir el fomento y desarrollo de cualquier actividad que resulte en delincuencia organizada, el terrorismo y su financiamiento, tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas”, por lo que una vez más se utiliza esta razón para establecer normativas que afectan al derecho de asociación en el país.

De este modo, el registro mencionado, de acuerdo con la resolución, estará en línea para que los interesados se inscriban en el mismo, y luego de realizada a satisfacción de las autoridades competentes se emitirá un certificado electrónico con vigencia de un año y que debe ser renovada cada vez.

Debe destacarse que de acuerdo con el artículo 8 la inscripción en el Regong podrá ser negada “por motivos de orden público y de soberanía, evidenciados de la información suministrada” conceptos estos que son muy amplios, y por tanto con mucho margen para la discrecionalidad, lo que aunado al escaso lapso de vigencia de la certificación permite que en el corto plazo el poder ejecutivo impida la actuación de una organización no domiciliada por razones ajenas a la labor humanitaria o benéfica que la misma realice, pues por ejemplo puede incomodar al gobierno que una organización que dé alimentos en zonas necesitadas publique índices de desnutrición infantil y a partir de allí impida la labor de la organización de que se trate, alegando, que eso daña la imagen del país, o peor aún, no refleja su realidad y por tanto, afecte su soberanía.

Lo dicho supondría que algunas organizaciones prefieran no dar información alguna sobre sus actividades so pena de no serles otorgadas la certificación, y con ello se les impida trabajar en el país. A este respecto debemos recordar que el dar asistencia humanitaria es

tanto un derecho de quien la da (al mismo tiempo que un deber) así como de quien la recibe⁴⁰, y por tanto no puede estar condicionada, como ningún derecho puede estarlo, a la aprobación del estado, y menos cuando este, como es el caso venezolano, se encuentra en una emergencia humanitaria compleja⁴¹. Así entonces, el deber del Gobierno es respetar este derecho y no limitarlo como lo hace con estas regulaciones autorizatorias, no compatibles con el estándar de notificación que debería ser la regla.

Por otra parte, debemos destacar que el artículo 12 de la resolución, faculta a funcionarios gubernamentales para “realizar las visitas necesarias a la sede en Venezuela de la organización, o la de su representante, previamente notificadas, a los fines de la verificación in situ de la concordancia de los hechos informados al registro”. Tal enunciado, en los términos en los que literalmente se expresa, no indican la exigencia de cual es el lapso necesario para que la notificación sea considerada previa (minutos, horas o días), y sobre todo, del tiempo que podría durar esa visita pues podría ser indefinida, con las consecuencias para la gestión de las organizaciones que pueda suponer, sobre todo en aquellos casos en los que las labores de la misma exija el resguardo de la identidad de los beneficiarios, como sería aquellos que reciban atención médica, y por tanto tienen derecho que la información sobre su historial de salud no sea revelado, y esto último en uno de los supuestos más benigno, pues otro podría ser, simplemente, la utilización de esta potestad para realizar allanamientos encubiertos, en violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio establecido en el artículo 47 de la Constitución.

Lo lógico en este particular, sería primero precisar a la organización cual sería la información en concreto que se quiere verificar y luego establecer de mutuo acuerdo un mecanismo con las garantías necesarias para que la organización verifique la información, siempre que ello no violente los derechos de sus beneficiarios o de sí misma.

4. *Normativa para el registro unificado de sujetos obligados ante la Oficina nacional contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo (RUSO-ONCDOFT)*⁴²

Lo primero que debe decirse de estas normas es que a pesar de ser las de menor jerarquía entre las analizadas, por tener el rango de Providencia⁴³ al emanar de una autoridad inferior a un ministro, tienen en el derecho de asociación un efecto inversamente proporcional a su rango, pues a los vicios de las normas previamente analizadas suma otras.

Otra particularidad de estas disposiciones es fueron objeto de modificaciones ante la reacción contundente de las organizaciones de la sociedad civil que al ver la amenazas a los derechos humanos que comportaba la providencia realizaron una campaña de protesta en

⁴⁰ Vid. Artículo 1 del Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG): <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/codigo-de-conducta.pdf>

⁴¹ <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/venezuela-emergencia-humanitaria-compleja-respuesta-humanitaria#:~:text=Ocupa%20hoy%20el%20quinto%20lugar,graves%20para%20el%20a%C3%B1o%202020.>

⁴² Providencia N° ONCDOFT-001-2021 publicada en la Gaceta Oficial N° 42098 del 30 de marzo de 2021, y luego reformada en la Providencia N° ONCDOFT-002-2021 publicada en la Gaceta Oficial N° 42.118 del 3 de mayo de 2021.

⁴³ Artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “Los actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones...”

diferentes ámbitos nacionales e internacionales, cuyo punto culminante fue la suscripción de un comunicado suscrito por más de 700 organizaciones⁴⁴, algún inédito en la historia del país.

Siguiendo con la idea, que como hemos indicado previamente, de establecer un registro diferente a los existentes, y que el propio gobierno ha presentado como cumplimiento de las obligaciones frente al GAFI, se establece en la Providencia la creación del Registro Unificado de Sujetos Obligados ante la Oficina Nacional contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

Esta Providencia obliga a las organizaciones sin fines de lucro a reportarle a la Oficina Nacional contra la Delincuencia Organizada información de quiénes son sus donantes y, en su primera edición, un listado de personas beneficiarias, debidamente identificadas, que reciban “asistencia benéfica, humanitaria u otro tipo de asistencia por medio de los servicios o actividades” (numeral 5, artículo 6) ejercidas por dichas agrupaciones civiles. Luego, en la providencia vigente, este último requisito fue eliminado, lo mismo que se suprimió del artículo 8 el plazo para iniciar el proceso de registro y el artículo 16 que contenía una remisión genérica a las sanciones de la Ley Orgánica de Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

Estos cambios, aunque puede calificarse positivos, en realidad sólo tocaron algunos de los vicios que padece esta providencia, pues el texto modificado mantiene la potestad autoritativa por parte de la administración a través de la emisión de una credencial para el representante legal de la agrupación para ejercer sus funciones (artículo 10).

En el mismo sentido se mantiene la exigencia de pedir documentación que se encuentra en archivos públicos, lo que viola, como se ha indicado previamente la Ley de simplificación de trámites administrativos, lo que se agrava por el hecho de que en muchos casos las organizaciones no pueden tener al día su documentación porque en la práctica los registros se niegan a actualizarlos, situación que lleva años y que incluso ha sido denunciado por varios Relatores de Naciones Unidas en dos oportunidades⁴⁵, así como la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁴⁶.

Es decir, en esta Providencia se exigen documentos que ya se encuentran en manos del estado, y más concretamente en el mismo ministerio de adscripción del ente que genera la

⁴⁴ En concreto 707, vid: <https://humvenezuela.com/comunicado-organizaciones-de-la-sociedad-civil-declaran-su-rechazo-rotundo-y-exigen-la-derogacion-de-la-nueva-providencia-de-registro-por-terrorismo-y-otros-delitos-en-venezuela/>

⁴⁵ Oficina del Alto Comisionado, Organización de Naciones Unidas. Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Comunicado presentado por el Relator Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación; y el Relator Especial sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos ante el Estado venezolano. Referencia: OL VEN 6/2019. Publicado el 07.10.19. En: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicationFile?gId=24894>; y Mandatos del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos; del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación; del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; de la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; y del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes REFERENCIA: AL VEN 5/2020 28 de abril de 20 <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicationFile?gId=25212>

⁴⁶ ACNUDH (junio 2021). Situation of human rights in the Bolivarian Republic of Venezuela. Párrafo 70. <https://undocs.org/en/A/HRC/47/55>

providencia, por lo que resulta irracional pedirle a los particulares lo que estado tiene en su posesión, pero ello resulta más agravante cuando se considera que los documentos no se actualizan por ser un política del propio estado que los exige, esto es, que el estado pide algo que él mismo niega, evidenciándose de este modo que este particular requisito sería de imposible cumplimiento, no porque las asociaciones lo deseen sino porque es el propio estado el que lo impide.

Por otro lado, al igual que en las normas para organizaciones no domiciliadas se establece la figura de las visitas *in situ* para verificar la veracidad de la documentación entregada, pero lo hace de una forma peor que las aludidas normas porque no se exige notificación previa y tampoco se establecen límites temporales a las mismas (art. 9).

Es decir, estas visitas pueden realizarse de forma sorpresiva y sin que la organización pueda estar preparada para dar la información que se necesite, sin mencionar que además que en casos en donde se debe la reserva de los beneficiarios por razones vinculadas a la confidencialidad de su historial médico o por seguridad personal (caso de denunciantes de crímenes de lesa humanidad), se pondría en riesgo a estas personas.

Al establecer un registro adicional al que la ley requiere para que una asociación puede actuar en el país, se viola además el principio de progresividad de los derechos humanos al dificultar, por vía sublegal además, el ejercicio de un derecho con limitaciones que anteriormente no existían y que no son compatibles con un estado democrático.

En el mismo sentido, al obligar constantemente a las organizaciones a probar que no están legitimando capitales o financiando el terrorismo, se viola el principio de presunción de inocencia en la medida en que se establece un estado general de sospecha sobre la mismas sin que haya una investigación previa e individualizado que lo justifique.

IV. CONCLUSIONES

- La normativa constitucional venezolana no es compatible con los estándares internacionales en materia de libertad de asociación al violar el principio de progresividad de este derecho, al quitar su protección a sujetos asociativos particulares con fines de interés general.
- Asimismo, la Constitucional establece una prohibición de ejercicio del derecho de asociación (para los jueces) incompatible con el PIDCP y la Convención Americana.
- La legislación nacional contiene prohibiciones de financiación para organizaciones de defensa de derechos civiles y políticos incompatibles con los estándares internacionales.
- La legislación nacional contiene limitaciones y obligaciones exorbitantes a las asociaciones que no superan las exigencias del PIDCP y de la CA para establecer estas, al exigir obligaciones tributarias, de registro e información que recargan innecesariamente a las organizaciones y dificultan sus actividades.
- La legislación nacional en materia de lucha contra la legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo establece limitaciones a las potestades de la administración para regular a las organizaciones sin fines de lucro, dando pie a una deslegalización de las limitaciones, violando de este modo el principio de reserva legal en materia de restricciones y prohibiciones de derechos humanos establecido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos.
- La legislación nacional en materia de lucha contra la legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo no recoge los principios del GAFI en materia de protección a las OSFL.

- Las normas de rango sublegal del país vinculadas a la lucha contra la legitimación de capitales, violan la reserva legal sobre restricciones a los derechos humanos, no cumplen con las exigencias del GAFI en esa materia y violan el principio de progresividad y de presunción de inocencia.
- En general, podemos concluir la inadecuación del derecho interno para proteger los elementos básicos de la libertad de asociación.

LEY DE PARTICIPACIÓN ESTUDIANTIL EN EL SUBSISTEMA DE EDUCACIÓN BÁSICA: ANÁLISIS CRÍTICO

Carlos Eduardo Herrera M.*

Abogado

Resumen: *En medio de manifestaciones de maestros y profesores por la profunda crisis en la educación venezolana la Asamblea Nacional sancionó la Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica. Esta Ley ha generado severos cuestionamientos en la sociedad y de allí la importancia del análisis crítico de su contenido.*

Palabras Clave: *Participación, educación, políticas publicas, autonomía*

Abstract: *In the midst of several nation wide rallies done by teachers and professors protesting the deep crisis of Venezuelan education, the Official National Assembly sanctioned the Law of Student Participation in the Basic Education Subsystem. This Law has generated a strong criticism by the Venezuelan society. Hence the importance of a deep analysis of its content.*

Key words: *Participation, education, public policies, autonomy.*

Mientras las manifestaciones de los docentes recorrían las calles de las ciudades venezolanas demandando mejoras salariales y el cumplimiento de obligaciones contractuales, la Asamblea Nacional aprobó el pasado 07 de febrero la Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica. El parlamento nacional lejos de discutir la dramática situación de la educación venezolana, la migración de docentes y la baja matrícula en las carreras de educación, prefirió dedicar su tiempo a un proyecto de ley que “no implica afectaciones presupuestarias ya que el mismo es fundamentalmente de carácter conceptual y organizativo” como lo expresa el último párrafo de la Exposición de Motivos.

INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley en su Exposición de Motivos contiene algunas referencias históricas imprecisas, pues unifica a la Universidad de Caracas fundada el 22-12-1721 con el Seminario de Santa Rosa de Lima creado el 09-10-1673, al expresar que “*los estudiantes de la Universidad de Caracas del Seminario Santa Rosa de Lima ofrecen sus vidas en la batalla de La Victoria, brindando una de las batallas más emblemáticas de la independencia*”. Se hace referencia en el mismo texto a la creación en tiempos de Gómez a la Federación Venezolana de Estudiantes, a la participación de estudiantes de educación media en los acontecimientos del 23 de enero de 1958 y en diversas protestas durante la “época de la democracia representativa”. Menciona el texto en cuestión que durante los primeros años del siglo XXI se creó la

* Abogado por la UCAB. Magister en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Procesal y Derecho Administrativo por la misma universidad. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

Organización Bolivariana Estudiantil que en su concepto fue el primer movimiento estudiantil de secundaria en Venezuela y que en el año 2014 se fundó la Federación Venezolana de Estudiantes de Educación Media que en su opinión sentó las bases de una educación democrática, participativa y protagónica.

Lo cierto es que la escueta y pobre Exposición de Motivos, constituye el preámbulo de un proyecto que lejos de aportar algo a la participación de los jóvenes en el proceso educativo, lo que pretende es instrumentar y manipular políticamente el sentimiento de niños y adolescentes que cursan educación básica y se encuentran en pleno proceso de formación.

I. SOBRE EL CAPÍTULO I DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

El *artículo 1* de la citada Ley expresa que ésta “tiene por objeto promover y desarrollar los medios para la participación protagónica y el ejercicio de la ciudadanía activa de las y los estudiantes del subsistema de educación básica, a los fines de defender, proteger y garantizar la educación como derecho humano y deber social fundamental, así como en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas en materia de educación de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.”

Comentario: La formulación del objeto de la referida Ley resulta redundante y contradictoria con el texto constitucional en su artículo 78 que establece en relación a los niños y adolescentes que “El Estado promoverá su incorporación *progresiva* a la ciudadanía activa (...)”, de la misma manera el artículo 79 constitucional establece que “El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta (...). El artículo 102 constitucional establece los principios rectores de la educación y en tal sentido precisa que “El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana (...)”. La Constitución es determinante al establecer que el Estado promoverá la incorporación “progresiva” de niños y jóvenes con la participación de las familias y la sociedad. Cuestión absolutamente soslayada en el artículo 1 de la citada Ley. Si a esto se agrega que dicha participación tendrá injerencia en la formulación, ejecución y control de políticas públicas en materia educativa resulta altamente contradictorio y contraproducente que niños y adolescente ejerzan tales responsabilidades que requieren comprobada idoneidad académica.

El *artículo 2* establece la finalidad de la ley, en tal sentido enumera cinco objetivos: **1.** Garantizar la educación como derecho humano. **2.** Promover la participación protagónica y el ejercicio de la ciudadanía activa de las y los estudiantes. **3.** Garantizar la organización de las y los estudiantes en consejos estudiantiles, sin menoscabo de otras formas organizativas. **4.** Contribuir desde la participación estudiantil en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas en materia de educación dirigida a las y los estudiantes, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley. **5.** Incentivar la convivencia pacífica escolar en la Comunidad Educativa. *Comentario:* (2) La propia Constitución establece la participación “progresiva” a la ciudadanía activa. (3) Los Centros de Estudiantes en planteles de educación públicos y privados han sido una expresión democrática de larga data en el país y semilleros de nuevos liderazgos y nunca han requerido de la tutela oficial. (4) Esta tarea altamente sensible requiere como se expresó anteriormente comprobada experiencia e idoneidad académica.

El *artículo 3* establece los principios de la Ley: 1. Orden público, 2. Intransferible, 3. Irrenunciables, 4. Interdependientes entre si; 5. Indivisibles, 6. Progresivos. *Comentario:* Principios que coinciden con las características de los derechos fundamentales, vale la pena preguntarse si la Ley en cuestión está creando un nuevo tipo de derecho fundamental o simplemente esta desarrollando un aspecto del derecho a la participación ciudadana.

El *artículo 4*. Establece que “Las y los estudiante tiene el derecho y el deber de participar de forma protagónica para el ejercicio de sus derecho, deberes e intereses en el subsistema de educación básica, así como de opinar y a ser oídos en la planificación, ejecución y gestión del Subsistema de Educación Básica, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, sus reglamento y resoluciones.” *Comentario*: Este artículo repite el contenido del artículo 1, en tal sentido se reitera el comentario formulado, una cosa es participar en el subsistema de educación básica y otra muy distinta es opinar en materias que requieren conocimientos pedagógicos suficientes como son la planificación, la ejecución y gestión del referido Sistema.

El *artículo 5*. Establece que “Las y los estudiantes tienen derecho a la participación protagónica dentro del Subsistema de Educación en condiciones de igualdad, sin discriminaciones fundadas en la raza, linaje, color, sexo, credo, condición social, pensamiento, conciencia, opinión política, cultura, idioma, origen étnico, social o nacional, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, edad, posición económica, discapacidad, condición de salud o, aquellas que, en general, tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos, garantías y deberes de las persona.” El *artículo 6* profundiza en el enfoque de igualdad y equidad de género en tal sentido establece que la participación “debe ejercerse en condiciones de igualdad y equidad de género, respetando las características individuales y las necesidades particulares relativas a la diversidad de género, eliminando barreras y discriminación.” *Comentario*: Estos artículos pretenden convertir en ley un tema tan controvertido como es la ideología de género, que lleva en sus ultimas causas a la ideología *woke*.¹ Este polémico tema choca entre otros con la legislación de protección a las niñas, niños y adolescente, así como de derechos contemplados en la legislación internacional sobre derechos humanos. El *artículo 7* establece que “que las o los estudiante indígenas tienen el deber y derecho de participar protagónicamente de acuerdo al marco de la protección de sus usos y costumbres dentro del Subsistema de Educación Básica (...)”.

El *artículo 8* dispone que “Las y los estudiantes con discapacidad tienen el derecho y el deber de participar de forma protagónica para el ejercicio de sus derechos, deberes e intereses en el Subsistema de educación Básica, así como en la planificación, ejecución y gestión del Subsistema de Educación Básica (...)”

El *artículo 9* contempla que “El Estado, las familias, la sociedad, la comunidad y las instituciones educativas deben promover la participación protagónica de las y los estudiantes en el subsistema de educación básica, velando para que sean eliminadas toda clase de discriminaciones y barreras que puedan afectar o impedir este derecho; y participar protagónicamente en la construcción de políticas, programas y planes nacionales, estatales y locales para su efectiva aplicación” *Comentario*: este artículo establece la corresponsabilidad en la pro-

¹ Tecnocracia, materialismo y determinismo. Vivimos en medio de notables paradojas. Estamos en las garras de una cultura febrilmente decidida a liberarnos de todo obstáculo, incluso de los que nos impone nuestro cuerpo. Y, sin embargo, ya sea a través de la ciencia del cerebro, la sociobiología o la teoría económica, las principales instituciones educativas inculcan en nuestra élite la convicción de que los seres humanos están determinados en gran medida por los intereses económicos, el ADN u otras causas materiales. Científicos sociales como Steven Pinker, de Harvard, desprecian las teorías de los críticos literarios, mientras nuestros sabios posmodernos reducen la vida a impulsos supuestamente fundamentales como el deseo sexual, la voluntad de poder y el ‘miedo a la diferencia’. Consideremos el concepto de ‘privilegio blanco’. Esta noción se presenta como si fuera una ley de la vida social tan implacable como la ley de la oferta y la demanda. (Tomado del artículo: ¿El ocaso de las democracias liberales? La reconquista de la libertad; autor R.R. Reno, Madrid: Cuadernos CEU-CEFAS /Centro de Estudios, Formación y Análisis Social. Cuaderno 01/Otoño 2022, p. 20)

moción de la participación estudiantil, pero lo que resulta difícil de entender es que niños y adolescentes puedan participar en la construcción de políticas, programas y planes nacionales, estatales y locales, lo que sin duda amerita un nivel de formación pedagógica importante.

El *artículo 10* por su parte establece que “Las disposiciones de esta Ley son de interés general. En consecuencia, sus disposiciones son de orden público.” *Comentario*: la caracterización de “orden público” de una Ley implica su necesaria observancia para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia, no pudiendo ser dejada de lado por los particulares. Pareciera que el legislador con esta denominación desea blindar la Ley para evitar discusiones y cuestionamientos sobre los alcances de conceptos polémicos contemplados en el articulado. Debe recordarse que el concepto de orden público marca el límite de la autonomía de la voluntad y en tal sentido debe precisarse que esta Ley toca aspectos sensibles que se refieren a los derechos de los padres, representantes y de las familias en la formación y educación de sus hijos o representados.

El *artículo 11* establece que “El Estado, las familias, la sociedad, la comunidad y las instituciones educativas promoverán y garantizarán la incorporación progresiva a la ciudadanía activa de las y los estudiantes en el Subsistema de Educación Básica, en el marco de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.” *Comentario*: el legislador luego de ignorar repetidamente el concepto de la participación *progresiva* a la ciudadanía activa de los estudiantes, lo retoma en este artículo para evitar caer en la inconstitucionalidad de la Ley.

III. SOBRE EL CAPÍTULO II DE LA PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA ESTUDIANTIL

El Capítulo II de la Ley se refiere a los mecanismos para hacer efectiva la participación estudiantil, en tal sentido el *artículo 12* establece que los estudiantes podrán asociarse libremente con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, ecológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales o de cualquier otra índole siempre que sean de carácter lícito. A tales efectos pueden constituir, inscribir y registrar personas jurídicas sin fines de lucro. Cuando sean conformadas exclusivamente por adolescentes y para obligarse patrimonialmente deben nombrar un representante legal con plena capacidad civil. *Comentario*: La constitución de personas jurídicas por parte de adolescentes es altamente discutible y podría traer consecuencias no siempre deseables para sus integrantes y mucho más cuando el representante legal mayor de edad pretenda manipular la asociación con fines ilícitos o para intereses personales.

El *artículo 13* establece que “Las y los estudiantes participaran activamente y de acuerdo a su desarrollo evolutivo en todos los aspectos del ámbito educativo, con la debida orientación de las madres, padres o representantes o responsables, así como de las y los integrantes del Consejo Educativo, de conformidad con los reglamentos y resoluciones de esta Ley.” *Comentario*: Asunto especialmente delicado pues quien determinará el “desarrollo evolutivo en todos los aspectos del ámbito educativo” y que sucederá cuando no exista la necesaria coherencia, armonía o comunicación entre quienes funjan de orientadores.

El *artículo 14* establece “Comprende cualquier forma organizativa que promueve la plena participación libre, activa, protagónica y corresponsable del estudiantado tomando en cuenta cada nivel y modalidad, estas actuarán con la comunidad educativa en los diferentes ámbitos ejerciendo sus derechos y deberes como seres sociales en un clima de paz, respeto, tolerancia y solidaridad.” *Comentario*: artículo lleno de galimatías y de repeticiones inconexas.

Artículo 15 establece los derechos de las y los estudiantes en la participación y organización estudiantil, contempla once “derechos” que repite los aspectos contemplados en los anteriores artículos de la Ley. A manera de ejemplo: El numeral 1 establece “Participar y organizarse protagónica y activamente en todas las actividades y procesos vinculados al

ámbito escolar.”, el numeral 7 establece “Participar en el desarrollo de estudios socioeconómicos para el diagnóstico y la atención de los y las estudiantes en situación de riesgos de vulneración de sus derechos”, el numeral 8 establece “Participar en las iniciativas productivas estudiantiles que contribuyan al desarrollo económico del país”, el numeral 9 “Hacer seguimiento y contraloría a la gestión educativa y decisiones que los involucran”, el numeral 10 “Incluirse activamente en las actividades académicas de la institución”, y por si esto fuera poco el numeral 11 establece “Las demás previstas en las leyes, reglamentos y resoluciones”. *Comentario:* artículo batiburrillo que incorpora todas las actividades de una institución educativa, faltando solamente participar en la dirección del centro educativo. Sin duda este artículo genera falsas expectativas en los estudiantes de Educación Básica pues resulta de imposible cumplimiento por su amplitud y su dificultad para instrumentar los mencionados “derechos”.

El *artículo 16* contempla los deberes de los estudiantes en la participación y organización estudiantil, en tal sentido enumera 11 “deberes” que abarcan un sin número de materias, a manera de ejemplo: el numeral 1 “Incentivar el estudio y la formación integral”, el numeral 2 “Velar por la calidad educativa, la protección y el desarrollo social de las y los estudiantes”, el numeral 5 “Participar activamente en la elaboración de los acuerdos de convivencia escolar”, el numeral 6 “Promover la participación en actividades con fines recreativos, culturales, deportivos, ecológicos y de esparcimiento que garanticen su desarrollo integral”, y por si esto fuera poco el numeral 11 contempla “Las demás previstas en las leyes, reglamentos y resoluciones”. *Comentario:* artículo que merece igualmente la calificación de batiburrillo por ser una mezcla de cosas de distinta índole. “Deberes” que parecieran olvidar que el principal deber del alumno es estudiar con responsabilidad y seriedad, cumpliendo sus tareas y obligaciones académicas.

IV. CAPÍTULO III DE LOS CONSEJOS ESTUDIANTILES

El *artículo 17* establece “Los Consejos Estudiantiles son la instancia de organización y participación de las y los estudiantes en los niveles de educación primaria y media pertenecientes al Subsistema de Educación Básica, los cuales a través de un proceso democrático de elección escogerán sus voceras y voceros, con la coordinación y apoyo del ministerio del poder popular con competencia en materia de educación.” El *artículo 18* por su parte establece la “autonomía” de los Consejos Estudiantiles: “Los Consejos Estudiantiles y demás formas de organización estudiantil gozarán de plena autonomía como organización estudiantil, tanto para su conformación, como para el desarrollo de sus actividad y contará con el apoyo y acompañamiento de las instancias con competencia en materia de educación a nivel nacional, estatal y municipal de forma coordinada, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los reglamentos y resoluciones de esta Ley.” *Comentario:* artículos vinculados, en primer lugar, la “autonomía” contará con el apoyo y acompañamiento de las instancias oficiales con competencia en materia de educación. De esta manera el legislador se sincera al expresar que la pretendida autonomía ira de la mano de las instancias oficiales responsables de la educación.

El *artículo 19* define de manera clara la verdadera intención del legislador: “El ministerio del poder popular con competencia en materia de educación tendrá en su estructura organizativa una instancia para la articulación y atención permanente con los Consejos Estudiantiles y demás formas de organización estudiantil, a fin de promover y acompañar todos los procesos organizativos y de participación mediante consultas, encuentros, diálogos.” *Comentario:* este artículo, especialmente delicado, revela la verdadera intención del sector oficial para dirigir la participación estudiantil a través de una “estructura organizativa” dentro del ministerio con competencia en materia educativa.

La pretensión hegemónica del Estado docente² como “expresión rectora del Estado en la educación” vuelve a reflejarse crudamente en este artículo 19 de la Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica.

El *artículo 20* establece la elección de vocerías de los Consejos Estudiantiles, en tal sentido “Los Consejos Estudiantiles convocarán anualmente elecciones democráticas para elegir a las y los voceros estudiantiles en todas las instancias participativas, desde las aulas, liceos y escuelas, municipios, estados y a nivel nacional, con el apoyo del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de educación (...)” *Comentario*: Este artículo autoriza al sector oficial para tutelar los mecanismos de participación estudiantil originando riesgos de manipulación y politización de las elecciones de los Consejos Estudiantiles.

El *artículo 21* por su parte crea un Congreso Nacional de Estudiantes como “una instancia superior de encuentro para las y los voceros estudiantiles pertenecientes a las instituciones educativas del Subsistema de Educación Básica, estará integrada por los voceras y voceros estudiantiles, de conformidad con su reglamento interno. Esta instancia tendrá como objetivo deliberar y decidir anualmente las líneas estratégicas y la acción programáticas.” *Comentario*: esta instancia superior de clara vocación aclamacionista se encuentra lejos de ser un órgano deliberante y democrático, pues sus integrantes responderán a la línea oficialista dictada por el Ministerio de Educación.

Finalmente, el *artículo 22* establece que “El nivel de organización y participación de las y los voceros estudiantiles pertenecientes a las instituciones educativas del subsistema de educación básica será nacional, estatal y municipal. Sus integrantes, elección democrática, organización y funcionamiento serán reguladas de acuerdo a su reglamento interno” *Comentario*: pareciera que la presente Ley fue aprobada con fines estrictamente políticos al incorporar conjuntamente a la educación pública y a la educación privada, y así tratar de neutralizar al movimiento estudiantil históricamente contrario a los gobiernos de turno. Cabría preguntarse igualmente si hay capacidad para atender las elecciones de Consejos Estudiantiles de más de 6.000 planteles educativos oficiales del país.

V. CONCLUSIONES

La *Federación Nacional de Sociedades de Padres y Representantes* (Fenasopadres) en reciente comunicado ha alertado sobre este instrumento legal pues, en su concepto, viola el derecho a la libre asociación y participación de los estudiantes de educación media en Venezuela. Igualmente expresó el comunicado que esta Ley pretende “ocultar y falsear la historia nacional en su interés de imponer un pensamiento único a los estudiantes del país”. Por otra parte señalaron que la Ley pretende convertir el derecho a participar en un deber y persigue que los estudiantes se sumen a organizaciones o iniciativas gubernamentales. Fenasopadres realizó un llamado a rechazar esta norma que calificaron de inconstitucional por violar principios democráticos y valores fundamentales de las familias. Por su parte el profesor Luis Bravo Jáuregui en el editorial número 939 de la *Memoria Educativa Paso a Paso* (enero 2023), comentó lo siguiente: Se estima que formalmente estamos ante un instrumento legal que busca darles poder a los estudiantes de Educación media frente al resto de la comunidad educativa para la defensa de sus intereses y especificidades. Lo que no está necesariamente mal, pero como estamos en un medio social y económico impregnado por el *sálvense quien pueda*, este instrumento legal ocupa muy poco espacio en las preocupaciones y prioridades de los estudiantes y de la población, (...) Además está la sospecha generalizada de que las preo-

² Sobre el Estado docente puede consultarse: *La Educación en Venezuela: dos dimensiones de un derecho del autor de este artículo*, publicado en los Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la UCAB, número 48. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2022

cupaciones que movieron confeccionar el bien intencionado instrumento legal pueden ser *flor de un día* o articulación oportunista a la teoría del *poder estudiantil* que el *status quo* enuncia cada vez que se acercan procesos electorales. También puede ser que la ley sea lo que han sido otras buenas intenciones mal administradas: alimento para la *memoria del olvido*. (<https://memoriaeducativapasoapaso.blogspot.com>). El abogado *Adriano Ruiz Guillen del grupo de opinión política CREM, Zulia Autónomo* ha expresado: Este proyecto de ley aprobado en la AN irrita, que busca intimidar y detener el sistema de protesta del sector educacional de país, en su inminente y necesario reclamo salarial, en virtud que actualmente la “actividad docente”, es inhumana e imposible de desarrollar, por el hambre en que está sometido el docente ante los sueldos y salarios que devengan, escasos 12 dólares americanos, en una sociedad donde la cesta básica sobrepasa los 300 dólares americanos (...). Si se permite la aplicabilidad de esta ley, las organizaciones educativas, sus directivas y los docentes, estarán a Merced de las organizaciones estudiantiles bolivarianas; que serán organismos paralelos o distintos a los centros de estudiantes existentes; o sea el régimen quiere darle estructura legal a sus organizaciones juveniles para que intervengan el sector educacional, pues se les permite integrar el Subsistema básico, con carácter de dirección algo que es ilegal e inconstitucional. (Responsable: Raúl Ochoa Cuenca. casablancaitalia@gmail.com)

En conclusión, esta Ley debe merecer el rechazo de toda la comunidad nacional por cuanto pretende manipular políticamente a niños y jóvenes con pretextos de una participación estudiantil protagónica y el ejercicio de la ciudadanía activa. El momento actual de la vida del país requiere un amplio consenso en materia educativa para acompañar a los docentes en sus reivindicaciones salariales y en el cumplimiento de las convenciones colectivas por parte del sector oficial y así tratar de frenar la masiva fuga de maestros al exterior que está haciendo insostenible la crisis educativa nacional. Finalmente recordar el compromiso ineludible de toda la sociedad por alcanzar una calidad educativa digna de la juventud venezolana, bien lo decía el recordado profesor Ángel Rosenblat (1902-1984): *La educación venezolana tiene que plantearse hoy a fondo esa necesidad de elevar rápidamente su nivel, desde la escuela hasta la universidad*.

Nota: La Ley del Sistema de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica no ha sido promulgada al momento de escribir este artículo 18-02-2023, se trabajó con la versión del proyecto de Ley publicada en www.asambleanacional.gob.ve y con el proyecto publicado en www.scribd.com

CONFISCACIÓN, COMISO Y EXTINCIÓN DE DOMINIO: COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE 28 DE ABRIL DE 2023, PARTICULAR- MENTE SOBRE SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y SOBRE ALGUNAS DE SUS INCONGRUENCIAS INCONSTITUCIONALES

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este estudio analiza la Ley Orgánica de Extinción de Dominio conforme al fundamento que le dio la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en el artículo 116 de la Constitución que regula la confiscación, como pena accesoria en la condena de ciertos delitos, y las incongruencias de la misma al permitir su aplicación en ausencia de condena penal.*

Palabras Clave: *Extinción de dominio; Confiscación; Pena accesoria.*

Abstract: *This study analyzes the Organic Law of Extinction of Domain according to the foundation given by the Constitutional Chamber of the Supreme Court in article 116 of the Constitution that regulates confiscation, as an accessory penalty in the conviction of certain crimes, and the inconsistencies of the same by allowing its application in the absence of criminal conviction.*

Key words: *Extinction of Domain; Confiscation; Accessory punishment*

I. UN NUEVO “DERECHO CONSTITUCIONAL” A LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL Y DE OTROS INTERESES DEL ESTADO

La Asamblea Nacional ilegítimamente electa en 2020,¹ ha sancionado una Ley Orgánica de Extinción de Dominio, mediante la cual ha regulado la institución de la confiscación que se prevé por vía de excepción en el artículo 116 de la Constitución.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, designada con base en la inconstitucional Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sancionada igualmente por esa ilegítima Asamblea Nacional en enero de 2022,² el día 28 de abril de 2023, en cuestión de horas, al recibir ese mismo día el oficio de la Asamblea Nacional remitiéndole el texto de la

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, (Presentación: Asdrúbal Aguiar), Iniciativa Democrática de España y las Américas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los once (11) vicios de inconstitucionalidad de las sentencias de la Sala Constitucional que declararon la “constitucionalidad” de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Comentarios a las sentencias Nos. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022), en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Homenaje a José Guillermo Andueza*, No. 168, abril-junio 2022, Caracas 2022 pp. 335-368.

mencionada Ley Orgánica de Extinción de Dominio que se había sancionado el día anterior, 27 de abril de 2023, declaró “la constitucionalidad del carácter orgánico” de la misma, conforme lo exige al artículo 203 de la Constitución.³ El mismo día, además, la Ley fue publicada en Gaceta Oficial.⁴

La Sala basó su consideración sobre dicha declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley, en el hecho de que la misma es un cuerpo normativo que regula materias vinculadas con “el desarrollo de los derechos constitucionales” como lo exige la norma constitucional.

La Ley, sin duda, desarrolla aspectos medulares que se refieren al derecho constitucional a la propiedad privada, garantizada en el artículo 115 de la Constitución, limitándolo, lo que resulta de lo que se declara en el artículo 2.2 de la propia Ley, al especificar, entre sus finalidades, entre otras, el:

“Reafirmar la aplicación y reconocimiento del derecho a la propiedad, teniendo presente que los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección Constitucional o legal,”

Y, además, al precisar en el artículo 6, que:

“La extinción de dominio tendrá como único límite el derecho de propiedad lícitamente obtenido como valor constitucional y cuyos atributos se ejerzan de conformidad con la función social prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes;”

Sin embargo, para el asombro de cualquier lector medianamente enterado del tema, la Sala Constitucional, en una omisión evidentemente inconstitucional, al dictar su sentencia no hizo referencia alguna a dicho derecho de propiedad ni mencionó siquiera el artículo 115. Es decir, tratándose de una ley que regula la extinción del dominio, es decir, de la propiedad privada sobre bienes, la Sala Constitucional debió al menos haber mencionado el texto de dicha norma que establece que:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Ahora bien, ignorando dicha previsión y el derecho mismo a la propiedad privada que en la misma se garantiza, y a pesar de que la Ley Orgánica busca regular mecanismos de extinción de la propiedad privada a favor del Estado sin compensación, la Sala Constitucional en su análisis de la “constitucionalidad” del carácter orgánico de la Ley, para determinar si la misma se enmarcaba en el “desarrollo de derechos constitucionales” (art. 203, Constitución), solo hizo referencia a otro “nuevo” derecho constitucional que dedujo del texto fundamental, que calificó como el “derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” que regularía el artículo 116 de la misma Constitución; “derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado” que según la Sala Constitucional, “constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales.”

³ Véase sentencia No. 315 de 28 de abril de 2023; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/324581-0315-28423-2023-23-0453.HTML>

⁴ Véase *Gaceta Oficial* No. 6745 Extra de 28 de abril de 2023.

Para haber deducido la existencia de ese derecho constitucional, la Sala Constitucional solo hizo referencia al artículo 116 de la Constitución que, en realidad, lo que hace es prohibir la confiscación, y establecer los casos excepcionales en los cuales puede decretarse, así:

“Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

En el marco de ese “nuevo” derecho constitucional “a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado,” la Sala, “sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo,” consideró que el mismo era el propio para una “ley orgánica,” destacando, entre las características fundamentales de la Ley sancionada, las siguientes:

1. Que el texto legislativo “resulta trascendental para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público, así como de otros intereses, por parte del Estado, entre otros vinculados al mismo.”

2. Que el instrumento normativo “se perfila a *coadyuvar en la prevención de actividades delictivas*, especialmente las relacionadas con la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, que tienen un impacto negativo sobre la sociedad.

3. Que las normas de la ley buscan “fortalecer las capacidades del Estado para combatir con eficiencia estas *prácticas delictivas*, incorporando al ordenamiento jurídico venezolano un *instrumento de política criminal* como la “extinción de dominio”, que complementa el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por la República Bolivariana de Venezuela en esta materia, conforme a la previsión referida a los derechos económicos (artículo 116)” que no son otras que las que se refieren a la *confiscación* que la único que en esa norma se regula.

4. Que la Ley “viene a desarrollar la *severidad de las penas que deben imponerse por la comisión de ilícitos* económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;” norma que declara que los siguientes *delitos* serán penados severamente de acuerdo con la ley: “el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos.”

Conforme al anterior marco de razonamiento de la sentencia No. 315 de la Sala Constitucional, por tanto, lo que se ha regulado en la Ley Orgánica de Extinción del Dominio de abril de 2023 no es otra cosa sino una modalidad de *confiscación* conforme a lo regulado en el artículo 116 de la Constitución, impuesta como consecuencia de la comisión de delitos, es decir, como sanción penal; a pesar de que la idea inicial que pudo haber existido cuando se presentó el Proyecto de Ley ante la Asamblea Nacional hubiese sido otra, más vinculada quizás con las legislaciones de otros países latinoamericanos, que han regulado sobre extinción del dominio, sin vinculación con delitos y penas.⁵

⁵ Véase por ejemplo Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020.

Esa institución desarrollada en otras latitudes, con ese mismo nombre, lo cierto es que con la sentencia de la Sala Constitucional ha sido totalmente desnaturalizada,⁶ y convertida en una modalidad de la confiscación, como una de las formas de extinguir la propiedad privada a favor del Estado en el marco del artículo 116 de la Constitución. Institución que por lo demás, sea cual fuere la naturaleza que se adopte, requeriría para su aplicación de un sistema político de Estado de derecho, donde la piedra angular sea la autonomía y separación de poderes, entre ellos del Poder Judicial.⁷ Con un Poder Judicial, cuya independencia y autonomía ha sido demolida en Venezuela en las últimas dos décadas,⁸ esta ley, distorsionada y todo, es un instrumento que puede agravar los problemas que llevaron a su sanción

II. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONFISCACIÓN Y SUS EXCEPCIONES COMO SANCIÓN PENAL

En efecto, después de garantizar la propiedad privada y establecer que el Estado puede extinguirla forzosamente mediante pago oportuno de justa indemnización decretada por sentencia firme en un juicio de expropiación (art. 115), la Constitución de 1999 prohíbe en su artículo 116, que se decreten o ejecuten confiscaciones de bienes, es decir, que se produzcan “expropiaciones sin indemnización,”⁹ o si se quiere conforme al sentido de la palabra confiscación en el *Diccionario de la Real Academia Española*, que se proceda a “incautar o privar de posesiones o bienes para su incorporación al erario público, sin compensación.”

Sin embargo, la Constitución establece excepciones a este principio, al permitir en el mismo artículo 116, la extinción forzosa del dominio o de la propiedad de bienes, sin compensación, aun cuando siempre “mediante sentencia firme,” respecto de: (i) los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público; (ii) los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público; y (iii) los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Estas excepciones que se repiten en el artículo 271 al disponer que “previa decisión judicial,” serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

En esta forma se ampliaron considerablemente los supuestos en los cuales procedía la confiscación conforme a la Constitución de 1961, pero sin hacer referencia a las medidas aceptadas por el derecho internacional público, como se especificaba en el artículo 102 de aquella.

⁶ Véase los comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional en Emilio J. Urbina, “Justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito de la sentencia 315 de 28-04-2023 de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, abril 2023. Véase en pp. 289 y ss. de esta *Revista*.

⁷ Véase Ramón Escovar León, “Ley Orgánica de Extinción de Dominio,” en *El Nacional*, mayo 2, 2023, disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/la-ley-organica-de-extincion-de-dominio/>

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Edición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2022, pp. 809, 835-837.

Además, respecto del tema de la confiscación, el artículo 317 de la Constitución, establece, en forma expresa, lo que constituye una novedad en nuestro ordenamiento constitucional, que es el principio de que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

Ello lo propusimos repetidamente en los debates¹⁰, siguiendo la tendencia existente en el derecho comparado¹¹.

La Sala Constitucional en sentencia N° 307 de 6 de marzo de 2001 (Caso: *Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*) tuvo ocasión de tratar el tema de las tributaciones confiscatorias a admitir que el *desiderátum* establecido en el artículo 317 de la Constitución se extiende a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal. La Sala, en efecto, al analizar las multas establecidas en la Ordenanza y resolver la denuncia de su carácter confiscatorio, señaló:

“Sobre este particular, observa esta Sala Constitucional que el *principio de no confiscación* se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional venezolano como una garantía de eficacia del derecho a la propiedad, derecho este, también de configuración constitucional. Así, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estableció dentro del Capítulo VII “*De los derechos económicos*,” en los artículos 115 y 116 el derecho a la propiedad y la correlativa garantía de no confiscación, en los términos que a continuación se exponen... Asimismo, dicho derecho se encuentra igualmente consagrado en normas legales preconstitucionales... (art. 545 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 317 constitucional consagra la no confiscación como postulado expreso que todo legislador tributario debe atender, es decir, todo órgano titular de la potestad de legislar en materia tributaria se encuentra en el deber de respetar, en sus actos normativos, ese principio de no confiscación contemplado en la Carta Magna. Resulta casi innecesario advertir que aun cuando el comentado artículo 317 señale que “*ningún tributo tendrá efectos confiscatorios*”, tal *desiderátum* se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario, se perdería la armonía existente con el resto de la normativa constitucional...

Con base a las normas anteriormente expuestas, contempladas en la máxima Ley nacional, se observa que si bien la propiedad es un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general, tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo *absoluto o irracional* del aludido derecho de propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que termine extinguiéndola.

En el ámbito tributario, la vulneración del derecho de propiedad se pone de manifiesto cuando tal como asienta el tratadista Héctor Villegas, “el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insostenibles, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada, e impidiéndole ejercer su actividad”. (Villegas, Héctor. *Relatoría General de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de Septiembre de 1989, tema: “Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recaen sobre el Sujeto Contribuyente”, p. 27).

¹⁰ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, p. 279; y Tomo III, pp. 70 y ss.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires”, *Rapports Generaux. XIII Congrès International de Droit Comparé*, Montreal 1990, pp. 795 a 824. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San Cristóbal 1996, pp. 85 ss.

En tal sentido, esta Sala observa que la vulneración del derecho de propiedad como consecuencia del pago de un tributo confiscatorio, ha sido expresamente proscrito por el Constituyente de 1999, en el ya citado artículo 317 constitucional que establece -se reitera- que “*ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*” y tiene su fundamento directo en la norma consagrada en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “*el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o de la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población*”. Siendo esto así, surge evidente la conclusión de que a los Poderes Públicos les está prohibido el establecimiento de tributos o sanciones tributarias -siendo que estas últimas son formas coercitivas de procurar la efectiva recaudación de las contribuciones de los particulares a las cargas públicas- que puedan amenazar con absorber una parte sustancial del derecho a la propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, al extinguir la fuente generadora del tributo y posterior daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país.”¹²

III. LA CONFISCACIÓN Y EL COMISO COMO SANCIÓN PENAL Y LA LLAMADA “EXTINCIÓN DEL DOMINIO” EN EL PROYECTO DE LEY DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO (2023)

La confiscación (del latín *confiscation*), es decir, la “acción y efecto de confiscar,” por tanto, en Venezuela, tradicionalmente se ha considerado que solo puede ser el resultado de un pena accesoria de una condena penal impuesta por determinados delitos; institución a la cual se asimila la clásica del “comiso” (del latín tardío *commissum*), regulada desde siempre en los ordenamientos en el sentido del mismo *Diccionario de la Real Academia Española*, como una “pena o sanción consistente en la apropiación por el Estado,” de bienes de un sujeto, también conocida como “decomiso”.

El sentido de todas estas expresiones en el mundo del derecho apunta a identificar, como se ha dicho, el proceso de apoderamiento o el acto de incautar o privar de posesiones o bienes de propiedad privada, por parte del Estado de bienes, para su incorporación al erario público, sin compensación, siempre mediante una decisión judicial decretada como sanción por delitos cometidos o actividades ilícitas realizadas y, en particular, como pena accesoria.

Además de las previsiones constitucionales antes mencionadas, respecto de estas instituciones hay abundantes previsiones de larga tradición en el ámbito legislativo, en particular, al regular la confiscación y comiso como sanciones penales.

En efecto, comenzando por el Código Penal, entre las penas accesorias, no corporales, en el mismo se incluye “la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan” (arts. 10,11), precisando sobre ello que:

“Artículo 33. Es *necesariamente accesoria a otra pena principal*, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutara así: las armas serán *decomisadas* de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo *decomisados* y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipal, según las reglas del artículo 30.”

Específicamente, en los casos de delitos de corrupción de funcionarios (arts. 198-202), el Código establece que “el dinero u objeto dados serán *confiscados*” (art. 230); en el caso de soborno de testigos, peritos o intérpretes, que “todo lo que hubiere dado el sobornador será

¹² Véase en *Revista de Derecho Público*, 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 227. Disponible en: https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2020/10/85-86-87-88-Revista_derecho_publico-N_85-88_enero_diciembre_2001.pdf

confiscado” (art. 247); en los casos de delitos consistentes en el comercio, la importación, la fabricación, el porte, la posesión, el suministro y el ocultamiento de las armas clasificadas como de guerra o prohibidas (arts. 275, 277 y 278), que “las armas materia del proceso se *confiscaran* y se destinaran al Parque Nacional (art. 279); en los casos de delitos de falsedad en pasaportes, licencias, certificados y otros actos semejantes (arts. 327, 331), si el hecho se hubiere cometido mediante dinero u otras dádivas, entregadas o prometidas, que el dinero o los otros presentes, “todo lo dado será *confiscado*;” en los casos de faltas por juego de suerte y azar, que el dinero del juego y todos los objetos destinados al efecto, serán *confiscados* (art. 534); y en los casos de faltas consistentes en la posesión injustificada de objetos y valores, que “el dinero y los objetos sospechosos serán *confiscados*” (art. 540).

Por otra parte, el artículo 103 del mismo Código Penal establece que si bien la muerte del procesado extingue la acción penal y la pena, sin embargo, ello “no impide la *confiscación* de los objetos o instrumentos con que se cometió el delito;” y el artículo 107 dispone que “ni la amnistía ni el indulto o gracia, ni el perdón de la parte ofendida dan derecho a la restitución de las armas o instrumentos *confiscados*.”

En cuanto al comiso, el mismo tiene una larga tradición reguladora en materia de Aduanas, la cual se refleja en las disposiciones de la Ley Orgánica de Aduanas al tipificar el delito de contrabando, disponiendo como sanción que:

“Artículo 110: Además de la multa prevista en los artículos anteriores, se impondrá también el *comiso* de los efectos objeto del contrabando, así como el de los vehículos, semovientes, enseres, utensilios, aparejos y otras mercancías usadas para cometer, encubrir o disimular el contrabando.”

En los últimos lustros, la institución de la confiscación ha sido, además, detalladamente regulada en leyes penales especiales, como por ejemplo, la Ley contra la Corrupción, en cuyo artículo 55 se dispone que:

“Los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el sólo hecho de la *sentencia ejecutoriada*, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le produjere un perjuicio económico. En los demás casos, *ingresarán a la Hacienda Pública Nacional*.

La Ley agrega, además, que en los casos en los cuales un funcionario público reciba retribuciones por sus servicios (arts. 68); o reciba retribuciones por retrasar u omitir el ejercicio de sus funciones (art. 69), el dinero u objetos dados “serán *confiscados*, previa *sentencia firme* que así lo acuerde” (art. 72)

Por último, el artículo 103 de la misma ley establece que en la *sentencia definitiva*, el Juez podrá ordenar, según las circunstancias del caso, “la *confiscación* de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos” establecidos en la Ley, que afecten gravemente el patrimonio público, a cuyo efecto solicitará ante las autoridades competentes, la repatriación de capitales de ser el caso. La norma agrega que “asimismo, el Juez podrá ordenar, según la gravedad del caso, la *confiscación* de los bienes de las personas que hayan *incurrido en el delito* de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 52 de esta Ley, y consecuentemente la repatriación de capitales.”

En la misma línea de la Ley Anticorrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, de la cual Venezuela es parte, entre las definiciones establecidas en la misma, está la referida el término *decomiso*, entendiéndose por tal: “la privación con carácter definitivo de bienes *por orden de un tribunal* u otra autoridad competente” (art. 2.g).

A tal efecto, en el artículo 31 de la Convención se prevé que cada Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias para autorizar el *decomiso*: “a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la *comisión de los delitos* tipificados con arreglo a la presente Convención.”

Por otra parte, en el artículo 54 de la Convención se presupone en general que el decomiso de bienes se debe decretar mediante *sentencia judicial penal*, al establecerse como excepción que también podría decretarse “sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados” (art. 54).

En la misma orientación de la Ley Anti Corrupción, la Ley de Drogas 2010, que regula y sanciona el tráfico ilícito de drogas y sustancias estupefacientes, entre las definiciones que formula en su artículo 2, está precisamente la referida al término *confiscación*, entendido como:

“una *pena accesoria*, que consiste en la privación de la propiedad con *carácter* definitivo de algún bien, por *decisión de un tribunal penal*” (art. 3.5).

También se define en la Ley el término *comiso*, como:

“la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado en los términos previstos en esta Ley, *decretado por un juez o jueza de control* a favor del Estado” (art. 3.8)

Además, el artículo 178 de dicha Ley, al referirse a las *penas accesorias*, identifica entre ellas a “la *confiscación* de los bienes muebles e inmuebles que se emplearen en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los efectos, productos o beneficios que provengan de los mismos” (art. 178.4); y el artículo 183 de la Ley precisa que “*cuando exista sentencia* condenatoria definitivamente firme, se procederá a la *confiscación* de los bienes muebles e inmuebles incautados preventivamente.”

En esta misma orientación, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo de 2012 define la *confiscación* como “una *pena accesoria* que consiste en la privación de la propiedad con carácter definitivo sobre algún bien, por decisión de un tribunal” (art. 4.7); y el *decomiso* como “la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado o no reclamado en los términos previstos en esta Ley, *decretado por un juez o jueza* a favor del Estado.”

Esta Ley, al regular las sanciones a las personas jurídicas, dispone en su artículo 32 que el juez competente podrá *imponer en la sentencia definitiva*, entre diversas las sanciones reguladas (de acuerdo con la naturaleza del hecho cometido, su gravedad, las consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles), “la *confiscación* o *decomiso* de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas y de los productos del delito en todo caso” (art. 32.3); estableciéndose igualmente que “los capitales, bienes o haberes objeto del delito de legitimación de capitales serán *decomisados* o *confiscados*” (art. 35).

En todas las previsiones legales antes analizadas, siguiendo el sentido incluso de la etimología de las palabras, en términos generales, las expresiones *confiscación* y *comiso* o *decomiso* puede decirse que tienen el mismo significado, constituyéndose siempre como mecanismos para la asegurar la extinción forzada de la propiedad privada a favor del Estado, sin compensación, decretada mediante sentencia judicial, como pena accesoria en procesos penales.

En términos más contemporáneos, dichas instituciones son formas de “extinción de dominio,” tal como, por ejemplo, se utilizó este término en la “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Programa de Asistencia para América Latina y el Caribe).¹³ En este texto se precisa el concepto de la “extinción del dominio” así:

“La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de *actividades ilícitas* consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, *por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna*” (art. 2).

El concepto plasmado en dicha Ley Modelo es, sin duda, equivalente al antes analizado de confiscación o comiso en el ordenamiento venezolano, particularmente en cuanto a que la misma solo puede decretarse mediante sentencia judicial, y es el resultado de actividades delictivas o ilícitas. Por ello, el artículo 2 de la misma Ley Modelo agrega que “la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes,” agregando la norma, sin embargo, que “se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.” Con esta regulación, que podría ser constitucional en otros países, se ha querido “desligar” la extinción del dominio respecto de la condena penal y del su carácter de pena accesoria, como sanción penal, que por ejemplo se establece en todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aun previéndose que el proceso judicial para la extinción del dominio pueda ser autónomo, en la Ley Modelo solo se puede proceder una vez que se han declarado determinadas actividades como “*ilícitas*,” siendo la extinción del dominio una consecuencia patrimonial de las mismas. Así lo reafirma el artículo 6 de la Ley Modelo, cuando define los “presupuestos de la extinción de dominio” determinando que solo procederá, entre otros, sobre:

“a. Bienes que sean producto de *actividades ilícitas*. b. Bienes que sean instrumentos de *actividades ilícitas*. c. Bienes que sean objeto material de *actividades ilícitas*. d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de *actividades ilícitas*. e. Bienes de *origen lícito* utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*. f. Bienes de *origen lícito* mezclados con bienes de *ilícita procedencia*. g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial *no justificado*, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas* [...]”

Tiene que existir, por tanto, una decisión judicial que declare que determinadas actividades realizadas por un sujeto son actividades ilícitas, es decir delictivas, y ese sujeto sea condenado por ello, para que la medida se pueda materializar.

En la orientación de la dicha Ley Modelo, puede decirse que en la Asamblea Nacional ilegítimamente electa en 2020, en marzo de 2023, se comenzó a discutir un Proyecto denominado de “Ley de Extinción de Dominio,” que fue aprobado en primera discusión con el objeto, de “establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los *bienes relacionados o derivados de actividades ilícitas* y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, sin contraprestación ni compensación alguna” (art. 1) .

En el Proyecto se definía, además, a la “Extinción de dominio” como:

¹³ Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/ https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)

“la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes de personas naturales o jurídicas relacionados con *actividades ilícitas*, mediante *sentencia firme*, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe.”

A tal efecto, el artículo 5 del Proyecto de Ley definía como *actividad ilícita*, a los *delitos* a los que se refiere el artículo 116 de la Constitución así:

“toda *actividad tipificada como delictiva* en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia,”

El marco del Proyecto de Ley, por tanto, “*actividad ilícita*” eran las que constituyen los *delitos tipificados* en la legislación vigente relativos a la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

En consecuencia, los bienes que podían ser objeto de extinción de dominio, conforme al artículo 8 del Proyecto de ley eran, entre otros, aquellos:

“1. Bienes que sean derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*; 2. Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma para *actividades ilícitas*; 3. Bienes que sean objeto material de *actividades ilícitas*; 4. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica de bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*, utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para *actividades ilícitas* u objeto material de *actividades ilícitas*; 5. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*; 6. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de *ilícita procedencia*; 7. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas*.”

De todo ello resultaba evidente que, conforme a estas regulaciones del Proyecto, se buscaba que se pudiera decretar judicialmente la extinción de dominio respecto de bienes relacionados con todas esas *actividades ilícitas que por definición de la propia Ley constituirían delitos tipificados* en las leyes,

Siendo ello así, no se entendía en el Proyecto, ni en nuestro criterio tenía sentido alguno, el agregado de la frase final del artículo 5 del Proyecto, cuando al definir la “*actividad ilícita*” como “*delictiva*,” lo que implicaba condena penal por el delito cometido, sin embargo, agregaba que podía haber *actividad ilícita* – decía el Proyecto – “aun cuando no se haya dictado sentencia.” Si la actividad ilícita es la actividad tipificada como delito, solo después de una condena es que la misma se materializa, no antes.

Por ello, no se entendía cómo podía haber una forma de identificar una *actividad ilícita delictiva* para proceder a la extinción del dominio de bienes de una persona, sin que se hubiera dictado sentencia condenatoria penal. Se insiste, solo una vez que una actividad delictiva es declarada como ilícita judicialmente, es que podría procederse a confiscar bienes de propiedad privada o a la “extinción del dominio.”¹⁴

¹⁴ Véase sobre el tema toda la muy elaborada argumentación que han formulado Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, en su reciente libro sobre: *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020; y en particular el reconocimiento que hacen de la “fragilidad” que significaría la inclusión de la llamada “extinción del dominio” en el ordenamiento venezolano conforme a las previsiones existentes en la Constitución y las leyes, considerando como lo ideal que se proceda previamente para ello a una reforma constitucional. pp. 217 ss.

En otras palabras, si de acuerdo con el Proyecto, la *actividad ilícita* conforme a la definición legal era una actividad que necesariamente debía ser tipificada como delictiva, para que se materializase respecto de una persona y sus bienes, tenía que ser declarada en relación con la misma, mediante sentencia judicial de condena, por lo que en ningún caso podría decretarse la extinción del dominio sin dicha decisión judicial previa penal de condena. Por ello, no era admisible, conforme al ordenamiento venezolano, la previsión del artículo 7 del Proyecto, que en cambio sí podría aplicarse en otros ordenamientos, que declaraba que la acción para la declaratoria de la extinción de dominio siendo que podía ejercerse aún cuando no hubiera habido condena, y era “distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.” Al contrario, solo después de declarada la responsabilidad penal es que se podría proceder a ejecutar la medida de confiscación o extinción del dominio.

Por otra parte, una Ley de Extinción de Dominio en los términos de la “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” elaborada por el la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, está concebida para poder aplicarse solo en un régimen político donde la garantía de la autonomía e independencia del Poder Judicial esté asegurada; y donde la independencia y autonomía de los órganos de control, como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República también esté asegurada. Es decir, en un régimen donde prevalezca el Estado de derecho y la transparencia y la rendición de cuentas sean la norma.

Sin embargo, en un país como Venezuela, que lamentablemente goza del grave récord de estar en el último lugar del rango de todos los países del mundo en los índices del Estado de derecho, particularmente en materia de *control sobre los poderes del gobierno*,¹⁵ y en la *confiabilidad respecto del sistema de justicia penal*,¹⁶ y en los últimos rangos en los índices de *transparencia* en el mundo (junto con Somalia, Siria y Sudán del Sur),¹⁷ de *Gobierno abierto* (junto con Irán, la República Islámica, Egipto)¹⁸ y de *respeto a los derechos humanos* (junto con China, Egipto, Myanmar, Irán);¹⁹ una Ley de ese tipo no sólo es un peligro total respecto de la garantía del derecho de propiedad,²⁰ sino del propio funcionamiento del Estado pues podría ser el instrumento utilizado por grupos de poder para multiplicar la corrupción que se buscaría sancionar, que podría conducir a asegurar el uso y usufructo de los bienes mal habidos por razones delictivas, por otros ilegítimos nuevos titulares vinculados a la burocracia estatal, convirtiéndose el aseguramiento de bienes con base en el supuesto “derecho a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” en un monumental reparto de bienes como un botín.

¹⁵ WJP Rule of Law Index, Constraints Government Powers 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Constraints%20on%20Government%20Powers/>

¹⁶ WJP Rule of Law Index, Criminal Justice 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Criminal%20Justice/>

¹⁷ CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2022; disponible en: https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=CjwKCAjwo7iiBhAEEiwAsIxQEWnQOlud6NkLhwqWEVpvx2B-gRz7cp0dqiV8SC9HLM3MarJEG2zj1BoCyDEQAvD_BwE

¹⁸ WJP Rule of Law Index, Open Government 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Open%20Government/>

¹⁹ WJP Rule of Law Index, Fundamental Rights 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Fundamental%20Rights/>

²⁰ Véase el comentario de Acceso a la Justicia: “Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de Dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela,” 18-4-2023. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/>

IV. EL RÉGIMEN DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO EN LA LEY ORGÁNICA DE 2023 COMO UNA MODALIDAD DE CONFISCACIÓN

El Proyecto de Ley de Extinción de Dominio fue finalmente objeto de la segunda discusión, dando lugar a la sanción de la Ley respectiva, con el carácter de Ley Orgánica, la cual conforme a la sentencia de la Sala Constitucional No 315 de 28 de abril de 2023, es un instrumento legal que ha sido sancionado para “*coadyuvar en la prevención de actividades delictivas,*” especialmente a las que se refiere el artículo 116 de la Constitución, vinculadas con “la corrupción, la delincuencia organizada el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes;” y que tendría por objeto a juicio de la sala Constitucional, “fortalecer las capacidades del Estado para combatir con eficiencia estas *prácticas delictivas,* incorporando al ordenamiento jurídico venezolano un *instrumento de política criminal*” con el objeto de “desarrollar la *severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos*” conforme al artículo 114 de la Constitución, como son los delitos identificados como “el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y *otros delitos conexos.*”

La Sala Constitucional, en esta forma, enmarcó el régimen de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, como regulador de una confiscación como consecuencia de actividades que constituyen delitos en el ordenamiento penal y, por tanto, con el carácter de sanción penal, buscando hacer más severas las penas como pieza de una política criminal.

1. *Objeto y finalidad de la ley*

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica, su objeto es, *por una parte,* establecer mecanismos que permitan “la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales *originados por actividades ilícitas o destinados a éstas,*” y *por la otra,* asegurar “la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación alguna,” es decir, mediante la confiscación de los mismos impuesta por sentencia penal de condena por la comisión de delitos como lo exige el artículo 116 de la Constitución.

2. *Definición de extinción del dominio y su vinculación con actividades ilícitas*

Por ello, conforme a ese objeto, esta extinción del dominio se define en la Ley, como comprendiendo:

“la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes y efectos patrimoniales de personas naturales o jurídicas relacionados con *actividades ilícitas,* mediante *sentencia firme,* sin contraprestación, ni compensación de ninguna naturaleza, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe” (art. 5.3).

La institución que se regula, por tanto, solo en relación con “bienes y efectos patrimoniales relacionados o derivados de *actividades ilícitas*” (art. 4), según se repite más adelante en el artículo 8 de la Ley Orgánica al disponer que *la extinción de dominio podrá declararse respecto de bienes:*

1. Derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas,* en los términos previstos en esta Ley.
2. Utilizados o destinados de cualquier forma para *actividades ilícitas,* en su totalidad o en parte.
3. Que sean objeto material de *actividades ilícitas.*
4. Que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo.
5. De origen lícito utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia.*

6. De origen lícito mezclados con bienes de *ilícita procedencia*.
7. Que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas*.
8. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona sometida a la acción de extinción de dominio, siempre que exista información razonable de que dicho incremento patrimonial se deriva de *actividades ilícitas* anteriores a la referida acción.
9. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica que haya podido lucrarse o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes de *actividades ilícitas*, sin que se demuestre suficiente y fehacientemente el origen lícito de dicho incremento patrimonial.
10. Que constituyan ingresos, rentas, frutos, productos o ganancias derivados de los bienes relacionados directa o indirectamente con *actividades ilícitas*.
11. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento preventivo o decomiso.
12. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre dichos bienes.”

Esta noción de *actividad ilícita*, en la Ley Orgánica se vincula en la ley Orgánica a *actividades delictivas*, es decir, tipificadas como delitos en la legislación penal, entendiéndose en la definición de tales actividades ilícitas conforme al artículo 5.1:

“Toda actividad *tipificada*²¹ en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, *aun cuando no se haya dictado sentencia* en el proceso penal correspondiente” (art. 5.1).

En esta definición, por supuesto, la última frase de que podría haber alguna actividad ilícita -que es la tipificada como delito-, “*aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente,*” -que proviene de la Ley Modelo utilizada para la elaboración del Proyecto de Ley discutido-, introduce un contrasentido en el régimen legal establecido, pues podría implicar que se pudieran confiscar bienes, como sanción penal, sin que haya habido condena penal, lo que sería inconstitucional por violar el artículo 116 del texto fundamental.

Es decir, si la actividad que puede originar la aplicación de la ley y la extinción del dominio es la *actividad ilícita*, y si la *actividad ilícita* es la *tipificada como delito* en el ordenamiento penal, no podría haber certeza de que la misma ha ocurrido como tal “actividad ilícita” sino cuando haya habido una condena penal que decreta su comisión mediante sentencia, imponiendo la pena correspondiente al delito, incluyendo la confiscación de bienes.

Dejando a salvo este contrasentido inconstitucional, que tendrá que ser precisado incluso por la Sala Constitucional cuando se pronuncie sobre la constitucionalidad del texto de la Ley verificando si la misma se enmarca en el régimen constitucional vigente, en consecuencia, la extinción del dominio, primero, solo opera respecto de bienes relacionados con *actividades ilícitas*, que tienen que haber sido previamente y necesariamente tipificadas como delitos en diversas leyes de carácter penal, debiendo decretarse la extinción del dominio

²¹ En el Proyecto aprobado en primera discusión a la palabra “tipificada” se agregaba la frase: “como delictiva.”

necesariamente y solo mediante sentencia firme, sin compensación alguna, lo que asimila la institución a la confiscación que regula el artículo 116 de la Constitución, después de que se ha condenado a una persona por dichos delitos.

3. *Finalidad de la ley y modificación del régimen legal de la propiedad privada*

El texto legal, con el objeto definido y en el marco establecido en su articulado antes mencionados, define en su artículo 2 su finalidad, consistente en:

Primero, en “incrementar la efectividad de la acción del Estado contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (art. 2.1); y

Segundo, en “generar las condiciones para que los bienes y efectos patrimoniales relacionados o derivados de actividades ilícitas objeto de la extinción de dominio sean destinados a financiar las políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del Pueblo venezolano” (art. 2.3).

Con estos fines, la Ley Orgánica establece una nueva definición del derecho de propiedad que se garantiza en la Constitución y se regula en el Código Civil, al disponer que la misma, sobre bienes, solo se reconoce cuando son adquiridos con recursos *de origen lícito*, por lo que sobre “los bienes adquiridos con recursos *de origen ilícito*” no se consolida el derecho de propiedad, ni puede gozar de “protección constitucional o legal” (art. 2.2).

Por supuesto, para que esta norma tenga alguna aplicación, es imprescindible que haya habido una decisión judicial penal que haya declarado el origen ilícito de los recursos, como consecuencia de haber condenado penalmente por la comisión de actividades delictivas, pues son estas las que en la ley califican de ilícita una actividad.

Una vez condicionada la existencia de la propiedad y su reconocimiento, a la adquisición de la misma con recursos de origen lícito, conforme al artículo 6 de la ley, se declara que el “único límite” de la extinción de dominio es el “derecho de propiedad *lícitamente obtenido* como valor constitucional y cuyos atributos se ejerzan de conformidad con la función social prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes.”

En esa misma línea, además, la norma dispone que “una vez demostrada *la ilicitud de origen* de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio” que solo puede declararse mediante sentencia, “se entenderá que el objeto de las convenciones o negocios jurídicos que dieron lugar a la adquisición es contraria al régimen constitucional y legal de la propiedad,” siendo la consecuencia de esta previsión, que “los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán *nulos*.”

Estas normas, sin duda, por su generalidad e imprecisión, al afectar el régimen de la titularidad del derecho de propiedad, darán origen a innumerables controversias civiles que solo una sabia aplicación de la ley podrá resolver. De lo contrario lo que puede producirse será el socavamiento total de las bases del régimen jurídico de la propiedad privada.

Ello implica que en la aplicación de la Ley debe tenerse como norte el principio de que todo lo referido a la titularidad de la propiedad -solo reconocida con base en la licitud del origen de los recursos para adquirirla y que sea reconocida-, no puede ser sino la consecuencia de una decisión judicial previa, de condena penal, que con base en la calificación de actividades como ilícitas, es decir, tipificadas como delito, declare la extinción de dominio, es decir, la confiscación de los bienes afectados a la actividad declarada como ilícita.

4. *La acción judicial de extinción de dominio*

Si conforme a la Ley la extinción de dominio sólo puede decretarse respecto de bienes vinculados a actividades ilícitas, es decir, aquellas que constituyen delitos tipificados en la legislación penal, para que pueda ejercerse una “acción judicial de extinción del dominio,” que en la ley se la califica como acción “de naturaleza civil” o “de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial” (arts. 11, 12), tiene que haber habido necesariamente una sentencia penal previa que haya declarado la comisión del delito de que se trate y condenado a los responsables.

Es decir, la acción de extinción de dominio, estando regulada en la Ley Orgánica como una confiscación, requiere necesariamente los resultados de un proceso penal previo. Por esta razón, conforme al artículo 28.2 de la Ley Orgánica, el Ministerio Público, para intentarla, solo puede invocar como fundamento de la acción, que la actividad específica relacionada con los bienes identificados es una *actividad ilícita* declarada como tal por un tribunal penal; para que luego, conforme al artículo 12 de la ley, la “*autoridad jurisdiccional*” competente para conocer de la acción de extinción de dominio (que son los Tribunales que cree el Tribunal Supremo de Justicia” (art. 12), pueda proceder a confiscar:

“mediante sentencia, [y] declarar a favor de la República y como parte integrante del Tesoro Nacional, la titularidad de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas que se presuman provenientes de actividades ilícitas o destinados a ellas, de conformidad con esta Ley” (art. 12).

Teniendo en cuenta toda esta normativa, no es sino otro contrasentido lo establecido en el artículo 11 de la Ley cuando declara que “la acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público y se sustanciará por las normas contenidas en esta Ley, *independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado.*”

Si con ello se quiso indicar que se puede proceder a la confiscación de bienes por la comisión de delitos, sin que haya habido una previa condena penal por ello, la previsión de este artículo 11 sería inconstitucional, pues en Venezuela, conforme al artículo 116 de la Constitución que conforme lo resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo es el fundamento de la Ley Orgánica, solo procede la confiscación de bienes mediante sentencia firme que imponga la condena penal.

Por otra parte, si en el proceso penal respectivo se impuso mediante sentencia definitivamente firme la condena penal, y la pena accesoria de confiscación, entonces, obviamente, ello no permitiría que se ejerza ninguna acción de extinción del dominio, como lo aclara la segunda parte del artículo 16 de la Ley Orgánica cuando dispone que:

“Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los bienes objeto de la acción ya se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme.”

Por último, debe observarse, por último, que como la intención de la Ley ha sido establecer una acción de naturaleza civil para la extinción de dominio, que con todos los condicionantes antes mencionados se ejerce “independientemente de la acción y procedimientos” (art. 11), se ha dispuesto para tal fin, la creación de una jurisdicción especial de tribunales por parte el Tribunal Supremo de Justicia (art. 12), y se ha asignado el ejercicio de la acción de extinción de dominio al Ministerio Público en la línea de sus competencias constitucionales (art. 285.5), para lo cual deben crearse “fiscalías especializadas en materia de extinción de dominio, tomando en cuenta la naturaleza civil de la acción de extinción de dominio” (art. 11).

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio, como puede apreciarse de los comentarios anteriores, no sólo es un cuerpo normativo complejo, que pretende regular un instrumento “nuevo” de lucha contra la corrupción, y los otros delitos a que se refiere el artículo 116 de la Constitución, que no es otra cosa sino una “confiscación,” que va a exigir mucha sabiduría en su aplicación, para que no se convierta en un instrumento más de persecución, y a la vez de corrupción.

Hay que recordar incluso que como lo dice el artículo 6:

“La extinción de dominio procederá, aunque los presupuestos fácticos exigidos para su declaratoria hubieren ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley.”

Pero solo puede proceder cuando esos “supuestos fácticos” de las actividades ilícitas tipificadas como delitos hayan sido determinados por el juez penal competente, mediante condena penal.²² De lo contrario la Ley puede dar lugar a un “festín” de reparto de un “botín” mal habido como instrumento político de persecución.

²² Según informó la prensa, parecería incluso que el proceso de “incautación” de bienes a sectores vinculados con la corrupción, se produjo por vía ejecutiva antes de que la Ley Orgánica hubiese sido promulgada. En el diario *Últimas Noticias* del 28 de abril de 2023, en efecto se indicó que “El gobernador del estado Miranda, Héctor Rodríguez, entregó bienes y materiales incautados a sectores vinculados con la corrupción en un galpón que se encuentra en el Eje Guareñas-Guatire, de esa entidad central. La acción se produjo durante el acto de Promulgación de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.” Disponible en: <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/incautan-bienes-y-materiales-a-corruptos-en-miranda/>

CINCO RAZONES PARA PREOCUPARSE POR EL PROYECTO DE LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO IMPULSADO POR EL OFICIALISMO EN VENEZUELA

Cosimina Pellegrino* y Laura Louza**

Abogadas

Resumen: *En el presente estudio se analiza la propuesta legal de la Asamblea Nacional para atacar a la corrupción en el país. Se trata del proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, un instrumento para recuperar los fondos públicos, aunque en realidad exista el peligro de que pueda ser utilizada muy fácilmente como una herramienta política para atacar, perseguir y amenazar a cualquiera persona en Venezuela, a fin de apropiarse de sus bienes, sean obtenidos de forma lícita o no.*

La iniciativa legal está amparada en la lucha contra la corrupción. Es una copia de la Ley Modelo de la ONU, pero en un país como Venezuela en donde no existe Estado de Derecho ni independencia judicial la propuesta normativa es bastante peligrosa. No dejan lugar a dudas que esta iniciativa contiene disposiciones que contrarían principios constitucionales, también previstos en tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Venezuela, una combinación alarmante para la ciudadanía.

Palabras Clave: *Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio – Asamblea Nacional – Estado de Derecho – Derecho de propiedad.*

Abstract: *This study analyzes the legal proposal of the National Assembly to attack corruption in the country. It is about the project of the Organic Law of Asset Forfeiture, an instrument to recover public funds, although in reality there is a danger that it can be used very easily as a political tool to attack, persecute and threaten anyone in Venezuela, in order to appropriate their assets, whether obtained legally or not.*

The legal initiative is protected in the fight against corruption. It is a copy of the UN Model Law, but in a country like Venezuela where there is no rule of law or judicial independence, the regulatory proposal is quite dangerous. They leave no doubt that this initiative contains provisions that go against constitutional principles, also provided for in international human rights treaties signed by Venezuela, an alarming combination for citizens.

Key words: *Project of the Organic Law of Asset Forfeiture - National Assembly - Rule of law - Property rights.*

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y Doctora en Ciencias, mención en Derecho, de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de pregrado y doctorado de la Universidad Central de Venezuela. Publicaciones en revistas reconocidas y ponente en numerosas charlas y conferencias de alto nivel.

** Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pantheon-Assas (París II); Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Fundadora y directora ejecutiva de la ONG venezolana Acceso a la Justicia

La nueva campaña contra la corrupción lanzada por el Estado venezolano continúa, y a medida que aumenta el número de detenidos y solicitados parece estarse adentrando en una nueva fase, en la cual parece que el objetivo es mayor: recuperar los fondos públicos que estas tramas habrían sustraído ilícitamente. Para lograrlo, el oficialismo ha presentado el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio.

El texto, aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional (AN) el pasado 31 de marzo, prevé, entre otras cosas:

«transferir al Estado la titularidad de los bienes relacionados con actividades consideradas como delito en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento del terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente».

Así lo anunció su promotor, el diputado Diosdado Cabello, al dar a conocer el texto.

«Qué hacer con los recursos obtenidos de manera ilícita por quienes cometen este tipo de actos?», se preguntó el legislador, quien agregó: «Esos dineros robados son del pueblo y deben ser administrados por el Estado y ser usados en atender a nuestro pueblo (...) Esta ley le va a meter la mano en los bolsillos a los ladrones»¹.

Cabello se apresuró a recordar que la figura de la extinción de dominio está reconocida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y que otros países de la región tienen instrumentos similares para combatir los delitos contra el erario. Ciertamente, el texto que el Parlamento aprobó en primera discusión es casi idéntico a la ley modelo presentada por el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC)².

Esta iniciativa de la ONU obedece al hecho cierto de que la confiscación de bienes es una figura de recuperación de activos que depende de la declaratoria de la responsabilidad penal del titular de estos, y en no pocos casos ello no ocurre, sea porque esa persona fallece o porque nunca es capturada, dejando tales activos en un limbo. Así, la ONU plantea una acción de tipo civil contra los bienes y no contra las personas, separada de la acción penal, una vez que se determine que los bienes fueron adquiridos por medios ilícitos.

Lo dicho explica las razones de la ONU, pero ciertamente una cosa son las motivaciones de esa instancia, y otra muy distinta las que se utilizan en Venezuela.

En ese sentido, la aprobación de una ley como la descrita es un motivo para preocuparse, pues puede ser utilizada muy fácilmente con fines distintos para los que ha sido concebida. A continuación, presentamos cinco razones para ver con recelo el texto:

I. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD YA ESTÁN EN LA CONSTITUCIÓN

La carta magna tiene establecidos como límites al derecho de propiedad la expropiación por causa de utilidad pública y la confiscación de bienes provenientes de actividades ilícitas.

El artículo 116 constitucional estipula que

«no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=fyRNcSi41v0>

² https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes».

Así, la extinción de dominio como terminación del derecho de propiedad no está en la Constitución, a diferencia del caso, por ejemplo, de Colombia, cuyo texto fundamental lo contempla en su artículo 34. Incluso, la figura de la confiscación no es por cualquier tipo de delitos, sino por los ya expresados, mientras que en el proyecto de ley de extinción de dominio se agregan otros no contemplados en la máxima norma, como es el caso del financiamiento del terrorismo.

Sin embargo, uno de los puntos más destacados es que el proyecto no contempla el supuesto de que la persona titular de los bienes a los que se le aplique la medida de extinción de dominio sea declarada inocente, una situación que le causaría daños irreparables.

II. SIN LÍMITES TEMPORALES

El artículo 6 del borrador señala que «la extinción de dominio se aplicará desde el momento de entrada en vigencia de esta Ley, aun en los procesos que se hallaren en curso».

Sin embargo, a la luz del artículo 24 de la carta magna hay que tener presente que esto puede ocurrir siempre que se cumpla con lo siguiente:

«Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron».

La Ley de Extinción de Dominio se podría aplicar en los procesos en curso, siempre que no se presenten nuevas pruebas que perjudiquen al imputado, pues se estaría violando el principio de irretroactividad de la ley en los términos que establece la Constitución.

III. SIN GARANTÍAS

Pese a que uno de los cuatro capítulos del borrador está dedicado a enumerar las garantías de las que gozarán los potenciales sujetos que serán sometidos a este instrumento, otras disposiciones contenidas en él hacen temer que las mismas sean insuficientes. Por ejemplo, el hecho de que el artículo 13 obligue a los funcionarios públicos a denunciar a bienes provenientes de supuestas irregularidades, a riesgo de ser sancionados administrativa y penalmente, abre las puertas para acusaciones sin fundamento.

Con esta norma existe el peligro de violar el secreto profesional, así como vulnerar el derecho de toda persona a que se respete su vida privada. Esta disposición parece buscar legalizar la cuestionada figura de los «patriotas cooperantes», simpatizantes del partido gobernante dedicados a revelar informaciones, con o sin fundamento, de opositores o disidentes del Gobierno, en franca violación de sus derechos a la privacidad y a la reputación.

Lo más grave es que según señala el artículo 24 del proyecto de ley, estos informantes podrían recibir por su colaboración

«una retribución equivalente a un porcentaje del producto que el Estado obtenga por la liquidación de dichos bienes, o del valor comercial de los mismos dependiendo de la colaboración. Este porcentaje lo determinará el juez en la sentencia, de oficio, o a petición del Ministerio Público».

Ello sin duda podría fomentar que se suministren informaciones, sin importar que sean falsas, con el fin de obtener alguna recompensa.

Además, en un país donde los jueces y fiscales no son independientes ni imparciales, el dejar a su discrecionalidad el monto que recibirán estos informantes puede ir en detrimento de los intereses del Estado, que podría perder más recuperando los activos que manteniéndolos en manos de funcionarios inescrupulosos, convirtiendo en ineficaces las medidas realizadas, pues abriría una nueva vía para el desvío de activos.

IV. SIN CONTROL

El proyecto de ley establece que los bienes declarados en extinción del dominio serán enajenados a título oneroso por parte del Ejecutivo nacional, y los recursos obtenidos de su venta serán destinados, entre otras finalidades, para financiar el funcionamiento del sistema de protección social y la realización de los derechos humanos, a fin de garantizar el adecuado funcionamiento de servicios públicos de calidad, así como para recuperar, mantener y ampliar la infraestructura pública (artículo 46).

Sin embargo, en la propuesta no se establece ni indica qué mecanismos deberán ser empleados por el Ejecutivo para garantizar y, sobre todo, supervisar el cumplimiento de estos objetivos, a fin de evitar cualquier irregularidad.

Al respecto, debe recordarse que en Venezuela ni siquiera se conoce el presupuesto público ni los poderes del Estado rinden cuentas, por lo que cabe preguntarse cómo se garantizará que esos bienes realmente sean invertidos en el país.

A lo anterior, se añade el hecho de que, mientras se dicta una sentencia, que en la tradición venezolana puede ser algo que tarde años, se entreguen estos bienes en administración a entidades públicas sobre los cuales no rindan cuentas, o peor aún, los utilicen indebidamente para el disfrute de algún funcionario, y en ese sentido, un gran fallo del proyecto es no obligar a dar publicidad sobre cómo se manejan esos bienes, tanto desde que se adjudican cautelarmente como cuando sean definitivamente adjudicados al Estado.

Esto último es muy grave, porque si esos bienes no son debidamente administrados pueden perderse o deteriorarse, aumentando así el daño patrimonial a la República, pudiendo ser esta víctima, una vez más de actos de corrupción.

V. SIN ESTADO DE DERECHO NI INDEPENDENCIA JUDICIAL

Por último, no se puede olvidar la situación de la justicia venezolana, en particular el Poder Judicial y el Ministerio Público, que en último término serán los que aplicarán el texto. Según la organización internacional World Justice Project (WJP), Venezuela ocupó en 2022 el último lugar de 140 países evaluados en cuanto al respeto de las garantías y principios del Estado de Derecho. La situación de control de la justicia penal por parte del Gobierno y la ausencia de límites y contrapesos al poder estatal explican, entre otros aspectos, esta mala calificación, como reseñamos en su oportunidad³.

Organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos (MDH) sobre Venezuela y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) han afirmado de manera reiterada que los jueces y fiscales son operadores del partido de Gobierno, pues no tienen estabilidad alguna y están sujetos a un estricto control de sus actuaciones y decisiones, por lo que operan bajo un esquema jerárquico de órdenes e instrucciones.

³ <https://accesoalajusticia.org/por-octavo-ano-consecutivo-venezuela-repite-ultimo-lugar-indice-estado-derecho-world-justice-project/>

La ausencia de Estado de derecho y un texto como el del proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, que contiene disposiciones que contrarían principios constitucionales, también previstos en tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Venezuela, son una combinación peligrosa para la ciudadanía. ¿Cómo se puede garantizar que la aplicación de la ley se haga de una manera adecuada y que los bienes que se recuperen realmente tengan el destino correcto en un país cuya justicia penal no es independiente?

Y a ti venezolano, ¿cómo te afecta?

Pese a que la propuesta presentada por el Gobierno venezolano es una copia de la Ley Modelo de la ONU, es peligrosa en un país como Venezuela, y muy fácilmente puede aplicarse con fines distintos a aquellos para los que fue concebida.

Tememos que la iniciativa amparada en la lucha contra la corrupción busque no solo crear mecanismos que le permitan al Gobierno apropiarse de bienes relacionados a actos ilícitos, sino también facilitarle una herramienta política para atacar, perseguir y amenazar a cualquiera persona en Venezuela con apropiarse de sus bienes, sean obtenidos de forma lícita o no. Además, incluso en el primer caso, no habrá manera de comprobar si en las investigaciones y juicios que se lleven adelante en aplicación de la ley se respeten las garantías y derechos de las personas involucradas y si los bienes que pasen a manos del Estado realmente serán dedicados al beneficio del colectivo.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2023

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. *Ordenamiento Jurídico*. A. Leyes Orgánicas: Carácter Orgánico. 2. *Principio de irretroactividad*.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: Protección de los intereses colectivos y difusos: Extinción de la instancia*. 2. *Derechos individuales*. A. Derecho a la libre expresión del pensamiento. B. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. 3. *Derechos Políticos*. A. Derecho a la participación ciudadana. Derecho al sufragio.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Nacional. Competencia. Régimen de las Telecomunicaciones*.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad Económica. Derecho a la Libertad Económica. Telecomunicaciones*. 2. *Régimen de los Servicios Públicos*. A. Gestión de los Servicios públicos: Concesiones. a. Renovación.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Abstención o Carencia*.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Admisibilidad. 2. *Legitimación en las acciones de protección de intereses difusos y colectivos* 3. *Procedimiento. Interposición de la acción*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Ordenamiento Jurídico

A. Leyes Orgánicas: Carácter Orgánico

TSJ-SC (315)

28-4-2023

Magistrado Ponente: Gladys Maria Gutierrez Alvarado

Caso: La Sala Constitucional declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la mencionada Ley Orgánica de Extinción de Dominio, al considerar que con la misma se desarrollan derechos constitucionales, en particular el “derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público, así como de otros intereses, por parte del Estado, entre otros vinculados al mismo.”

Verificada la competencia de esta Sala Constitucional, es imperioso señalar que en sentencia de este órgano identificada con el n.º 537 del 12 de junio de 2000, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*” [Véase: *Revista de Derecho Público* No 82, abril-junio, 2000 pp. 141y ss] se fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando criterios de división lógica distintos, a saber: *i*) obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; *ii*) obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público; y *iii*) obedece al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el mencionado artículo 203 se refiere a “(...) *las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas*”.

Siguiendo este hilo argumental, es de apreciar que, según el artículo 203 de la Constitución, son materias reservadas a la ley orgánica: *i*) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas *ii*) a la organización de los Poderes Públicos, *iii*) al desarrollo de derechos constitucionales, y *iv*) a las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Siendo esto así, se ha precisado por esta Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter taxativo, lo que implica que indistintamente la ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

En torno a la delimitación constitucional de las materias propias de la ley orgánica, la Sala ha subrayado, en general, que “(...) *con las leyes orgánicas se pretende fundamentalmente que las materias reguladas por estas tengan mayor estabilidad que aquellas materias que son propias de las leyes ordinarias, dada la especial rigidez de aquellas normas respecto de estas, cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales -como el concurso más amplio de voluntades en la Asamblea Nacional- en cuanto regulan la materia de que se trate, aunque la ratio del número de leyes orgánicas -tanto por determinación constitucional como las que derivan de un criterio material- incluidas en el texto constitucional, encierran diversas motivaciones (p. ej. prolongar el espíritu de consenso en materias trascendentales o poner a cubierto el desarrollo de los derechos fundamentales)*” (vid. sentencia de esta Sala n° 34 del 26 de enero de 2004, caso: “*Vestalia Sampedro de Araujo*”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No. 97-98, enero-junio 2004 pp. 107 y ss]

Cónsono con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional en el asunto, ha fijado que el rasgo predominante “(...) *es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes*” (vid. sentencia de esta Sala n° 229 del 14 de febrero de 2007, caso: “Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No. 229, enero-marzo 2007, pp. 86 y ss].

En este sentido, la Sala ha querido hacer notar que, en atención al rol que el propio Texto Fundamental confiere a estos calificados textos normativos, la mención de una ley como orgánica adquiere especial relevancia de cara a su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes y, en tal virtud, es menester señalar que la inclusión de tal expresión implica necesariamente el reconocimiento de su posición preeminente frente a otros textos normativos, asunto que no queda sujeto a la plena discreción del cuerpo legislador, sino sometido a los criterios técnicos o materiales que la misma Constitución dispuso (vid. sentencia de esta Sala n° 2.573 del 16 de octubre de 2002, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 89-90/91-92, enero-diciembre 2002, pp. 87 y ss.]

Así, ha aclarado esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que se pueda calificar de orgánicas a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada (vid. sentencia de esta Sala n° 1.159 del 22 de junio de 2007, caso: “*Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico*”).

Sobre la base de las consideraciones que han sido precedentemente explanadas, denota esta Sala que el texto normativo que ha sido sometido al conocimiento analítico de esta máxima instancia constitucional para verificar la constitucionalidad del carácter orgánico con que fue calificado su nombre, tiene por objeto “...establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinados a éstas, así como la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación alguna.” (artículo 1).

Ahora bien, en el caso de autos, la Ley sometida al control previo de esta Sala sobre su carácter orgánico plantea en su artículo 2, que tiene por finalidad “1.- Incrementar la efectividad de la acción del Estado contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes; 2.- Reafirmar la aplicación y reconocimiento del derecho a la propiedad, teniendo presente que los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección constitucional y legal; y 3.- Generar las condiciones para que los bienes y efectos patrimoniales relacionados o derivados de actividades ilícitas objeto de la extinción de dominio sean destinados a financiar las políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del Pueblo Venezolano.

Ello así es importante hacer notar que en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se prevé que:

“Artículo 1. La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

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

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”.

Denótese, así como la ley que aquí está siendo objeto de análisis sobre la constitucionalidad de su carácter orgánico, tiene por objeto desarrollar los *supra* transcritos preceptos, los cuales propugnan como valores superiores del ordenamiento jurídico el patrimonio moral, la ética, el bienestar del pueblo, lo cual es cónsono con la lucha anticorrupción como política pública del Estado y como bandera de la ley que aquí se está analizando.

Aunado a lo anterior, se debe indicar que los principios que inspiran el instrumento normativo bajo análisis son la legalidad, justicia, buena fe, eficiencia, eficacia, celeridad, transparencia, oralidad, intermediación, concentración y contradicción, los cuales igualmente están enmarcados en el artículo 2 del texto constitucional.

En el texto normativo bajo análisis además se prevé un procedimiento para la extinción de dominio que garantiza el respeto de los derechos humanos (artículo 21), el emplazamiento de los titulares aparentes sujetos al procedimiento (artículo 31), acceso a los respectivos recursos (artículos 34, 41, 42, 43), derecho a pruebas (artículo 37) garantizando así el debido proceso y el derecho a la defensa establecidos en el artículo 49 Constitucional.

Por lo que se puede afirmar que el instrumento normativo aquí analizado además viene a desarrollar la severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así el instrumento normativo que aquí se analiza se perfila a coadyuvar en la prevención de las actividades delictivas, especialmente las relacionadas con la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, que tienen un impacto negativo sobre la sociedad.

Al respecto, observa esta Sala Constitucional, que siendo efectivamente, como antes se indicó, que el objeto de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, es establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinados a éstas, así como la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación alguna, desde un punto de vista orgánico, el texto legislativo *in comento* resulta trascendental para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado, entre otros vinculados al mismo.

En tal sentido, el artículo 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto al derecho a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana, dispone:

“Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

Ello así, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, contiene normas que buscan fortalecer las capacidades del Estado para combatir con eficiencia estas prácticas delictivas, incorporando al ordenamiento jurídico venezolano un instrumento de política criminal como la “extinción de dominio”, que complementa el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por la República Bolivariana de Venezuela en esta materia, conforme a las previsión referida a los derechos económicos (artículo 116).

Tal circunstancia circunscribe la citada Ley en la categoría establecida en el tercer supuesto que dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, en la atributiva del carácter orgánico sobre el fundamento del desarrollo de derechos constitucionales, comenzando por el aludido derecho a la protección por parte del Estado, cuya garantía implica la tutela de otros tantos derechos fundamentales, como ha podido apreciarse.

Así, esta Sala estima oportuno reiterar lo asentado en su sentencia N° 34 del 26 de enero de 2004, en la que se aseveró que la calificación de una ley como orgánica tiene una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica; por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema.

Efectivamente, en el caso de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, el legislador ha querido desarrollar el derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado, habida cuenta de que éste constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales, debido a que tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas necesarias y apropiadas, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad patrimonial de la República y sus propiedades, instituyendo un elemento de suprema importancia para el desenvolvimiento y la correcta administración de todos los bienes que quedaran bajo la administración del órgano especializado en virtud de la adopción vía cautelar, de acuerdo con los principios de eficiencia y transparencia de la función pública.

En razón de ello, esta Ley no puede menos que situarse en el orden de la jerarquía orgánica de las leyes de la República, según se subsume en la categorización que instruye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 203, conforme al análisis expuesto *supra*.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, pues ésta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido,

teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto:

Conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso: “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*”, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio ostenta el carácter técnico-formal que la erige en una ley que regula la ética, la lucha anticorrupción, la legalidad, la justicia, la buena fe, y el sistema sancionatorio que debe aplicarse a los titulares aparentes de los bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinadas a éstas, regulación ésta que al estar enmarcada en los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 3, 49, 114 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, subsumibles, en su orden, en la segunda, tercera y cuarta categoría normativa prevista en el artículo 203 constitucional.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico conferido a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, y así se decide.

2. Principio de irretroactividad

TSJ-SPA (268)

13-4- 2023

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: RADIO CARACAS RADIO, C.A vs. demanda de nulidad contra la Resolución dictada por el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

.....Ahora bien, al respecto conviene precisar lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.

En virtud de lo establecido en el artículo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que dicho principio 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.

Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente; de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la interdicción de la arbitrariedad en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (*Vid.* Sentencia Nro. 390 del 6 de agosto de 2006 y sentencia Nro. 01181 del 3 de noviembre de 2016).

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: Protección de los intereses colectivos y difusos: Extinción de la instancia*

TSJ-SC (690)

9-6-2023

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Antonio Avila, Manuel Castro, Domingo Bitriaga y otros miembros del Consejo Directivo de la Asamblea Constituyente “Somos Pueblo E’ñepá”

Declarada como fue la competencia de esta Sala y siendo la oportunidad procesal para resolver el caso de autos; de las actas procesales que conforman el expediente se constata lo siguiente:

En el presente caso, la pretensión se circunscribe a la demanda en defensa de los intereses y derechos colectivos y difusos de los pueblos y comunidades indígenas “*que [l]os saque del estado de indefensión jurídica a que [l]os somete el hecho de la inexistencia de una demarcación de [t]ierras y [h]ábitat del [p]ueblo E’ñepá, hecho [e]ste que impide la generación de un espacio geográfico en el que se realicen el conjunto de derechos constitucionales y legales que [l]os asisten... Del mismo modo, que se impidan las pretensiones de organismos públicos y privados de invadir el hábitat ancestral E’ñepá para la planificación de proyectos que están terminantemente prohibidos en el [artículo] 12 de la LOPCI... Y finalmente, que el TSJ (sic) defina al organismo gubernamental responsable de reconocer [su] personalidad jurídica... y que así mismo, se garantice al pueblo E’ñepá el derecho a registrarse como sujeto jurídico en capacidad de representar al conjunto del pueblo E’ñepá...*”. Corchetes y sic añadidos por esta Sala.

Previo a cualquier pronunciamiento, se observa que desde el 17 de agosto de 2017, oportunidad de presentación del último escrito por parte de los demandantes, hasta la presente fecha, los accionantes no han presentado diligencia alguna solicitando pronunciamiento, conllevando a una ausencia absoluta de la parte actora y de cualquier actividad o actuación tendente a impulsar el proceso por más de un (1) año, situación que esta Sala ha configurado como pérdida del interés procesal y, en consecuencia, causa de extinción de la instancia.

En este sentido, estima la Sala preciso reiterar que no obstante que “*los intereses en litigio pudieran trascender el de los litigantes (y por tal razón esta Sala ha señalado que no procede la perención), sí procede la declaratoria de pérdida de interés procesal de la parte actora*” (Vid. Sentencias de esta Sala nros. 77 del 17 de febrero de 2012, 560 del 2 de junio de 2014 y 1002 del 23 de noviembre de 2016, entre otras).

Sobre el requisito del interés procesal, en sentencia N° 572, del 11 de agosto de 2017, caso: “*Leonell Fernando Roque Acosta*”, contentivo de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad, esta Sala ratificó lo siguiente:

“El derecho al acceso a los órganos de administración de justicia, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se materializa mediante la acción cuyo ejercicio se concreta con la proposición de la demanda y la realización de los actos necesarios para el impulso del proceso.

El requisito del interés procesal como elemento de la acción deviene de la esfera del derecho individual que ostenta el solicitante, que le permite la elevación de la infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia (Vid. sentencia número 416 de 28 de abril de 2009, caso: Carlos Vecchio y otros).

Asimismo, el interés procesal surge de la necesidad que tiene un particular, por una circunstancia o situación real en que se encuentra, de que a través de la administración de justicia el Estado le reconozca un derecho y se le evite un daño injusto, personal o colectivo (Vid. Sentencia número 686 del 2 de abril de 2002, caso: MTI (Arv) Carlos José Moncada).

Por ello, ante la constatación de esa falta de interés, la extinción de la acción puede declararse de oficio, ya que no hay razón para que se movilice el órgano jurisdiccional (Vid. Sentencia número 956 del 1 de junio de 2001, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero).

En tal sentido, la Sala ha establecido que la presunción de pérdida del interés procesal puede darse en dos casos de inactividad: antes de la admisión de la demanda o después de que la causa ha entrado en estado de sentencia (...).

En efecto, desde la sentencia N° 228, del 13 de abril de 2010, dictada en el caso “Asociación de Vecinos Lomas de la Esmeralda, Segunda Etapa (ASOLOMES)”, esta Sala ha venido estableciendo que en los casos de las acciones de protección por intereses y derechos colectivos o difusos, la ausencia de actuación o impulso procesal configura la pérdida del interés y, en consecuencia, la extinción de la instancia, ya que la perención no es aplicable por cuanto estos derechos trascienden al interés individual, en los términos siguientes:

*“(...) la Sala ha de reiterar una vez más el criterio establecido, sostenido y reiterado, en relación a la aplicación de la figura de la perención en los procesos en los cuales se encuentran involucrados los derechos o intereses colectivos o difusos. Al respecto, esta Sala ha dejado sentado que **no procede esta figura procesal sino que lo pertinente es la extinción de la instancia por pérdida del interés de la parte actora**, entre otras sentencias como la N° 2867/03-11-2003 y N° 4602/13-12-2005, que ‘...tal como se ha señalado en sentencias anteriores, se ratifica el criterio respecto a que los derechos e intereses colectivos y difusos son de orden público, razón por la cual a las acciones que son intentadas para su protección no les es aplicable la perención de la instancia.’ En tal sentido, no es procedente la solicitud efectuada de declarar la perención de la instancia” (Resaltado del presente fallo).*

En el caso de autos, observa la Sala que los accionantes dejaron transcurrir más de un (1) año, específicamente más de cinco (5) años sin actuación alguna en el expediente a fin de procurar pronunciamiento sobre la admisión de la demanda, demostrando con esa omisión su intención de no continuar con el impulso del proceso, situación que conlleva a la declaratoria de extinción de la instancia en la demanda interpuesta, por pérdida del interés de la parte accionante, tal como ha sostenido reiteradamente la Sala y, como quiera que en el presente caso no está involucrado el orden público, ya que no se verifica la violación de principios fundamentales del Estado, concurren las condiciones para la declaratoria de la pérdida de interés procesal.

En virtud de lo expuesto, esta Sala declara la extinción de la instancia, por pérdida del interés procesal en la presente causa. Así se decide.

2. Derechos individuales

A. Derecho a la libre expresión del pensamiento

TSJ-SPA (268)

13-4- 2023

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: RADIO CARACAS RADIO, C.A vs. demanda de nulidad contra la Resolución dictada por el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues está sujeto a las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

El precitado derecho está previsto en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

“Artículo 57.- Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”. (Resaltado de la Sala).

“Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

De esta manera, debe indicarse que la libertad de expresión y pensamiento se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de información, y se trata de un derecho que no es absoluto pues comporta una serie de deberes y responsabilidades, en razón de lo cual puede estar sujeto a ciertas restricciones fijadas por la ley, necesarias para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. (*Vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 00165 del 6 de marzo de 2011).

Con relación al mencionado derecho esta Sala ha establecido que:

“(…) Ahora bien, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (Vid. entre otras, sentencia N° 1.381 de fecha 11 de julio de 2006), la libertad de pensamiento y expresión es una situación jurídica activa o de poder que faculta a los sujetos de derecho a manifestarse libremente, en tanto y en cuanto no se incurra en las circunstancias excepcionales que la propia Constitución establece como límites a su ejercicio.

En este sentido, este derecho no tiene carácter absoluto pues su desarrollo tiene como límites el respeto de ciertos valores y principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, aunque el artículo 57 Constitucional reconoce el signo individual del derecho a la libertad de expresión, la mencionada norma incorpora un aspecto social con el cual lo individual debe conjugarse y formar un todo armónico, que no admite fractura entre el individuo y su posición frente al conglomerado social, pues ciertos derechos individuales requieren de un marco social o económico para su desarrollo, como bien lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia N°1.381 de fecha 11 de julio de 2006, antes aludida.(…)”. (Sentencia Nro. 01212 del 25 de noviembre de 2010). (Resaltado de la decisión).

Del fallo parcialmente transcrito se deriva que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues está sujeto a las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

B. Derecho a la inviolabilidad del domicilio

TSJ-SC (799)

26-6-2023

Tipo de Recurso: Acción de Amparo contra sentencia

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Sandy Beltrán Torres y Johan Enrique Ilarraza Izaguirre

Por su parte la Corte de Apelaciones en la sentencia dictada, explanó que el delito de violación al domicilio, es un hecho punible violatorio de los derechos humanos, de acuerdo a los tratados y convenios internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela, por lo que, conforme al artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no deben prescribirse las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos como en el caso de autos, estando facultadas las instancias judiciales para el dictamen de las medidas cautelares preventivas necesarias, a fin de mantener un nexo con los imputados hasta lograr los resultados del proceso, considerando esta Corte, que la decisión emitida por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Función de Control, se encuentra ajustada a derecho, razones por las cuales confirmó la decisión del *a quo*, al imponer medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad, prevista artículo 242.9 del Texto Adjetivo Penal.

Ahora bien, esta Sala estima que, que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho básico que se reconoce y garantiza dentro de la esfera jurídica tanto nacional como internacional, dando por sentado que entra en la gama de los delitos violatorios de los derechos humanos y más aún, si es cometido por funcionarios investidos de autoridad en el ejercicio de sus funciones, por lo que, se considera que en este caso, no se puede hablar de prescripción de la acción penal ya que se ha establecido de muchas maneras que no prescriben a razón del tiempo transcurrido, por lo que se debe seguir con el proceso hasta lograr el esclarecimiento de ese hecho.

3. *Derechos Políticos*

A. *Derecho a la participación ciudadana. Derecho al sufragio*

TSJ-SE (59)

1-6-2023

Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta

Caso: Rafael Ygnacio Reymi Machez, Manuel Desiderio Rosales y Agueda Amelia Romero Pérez.

Realizadas esas disertaciones teóricas, esta Sala Electoral debe analizar ahora si las normas impugnadas que no permiten a los copropietarios insolventes votar en las Asambleas violan, como aduce la parte accionante, los derechos a la participación y al sufragio.

Al respecto, los artículos 62, 63 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disponen:

“**Artículo 62.** Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

“**Artículo 63.** El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

(...)”.

“**Artículo 70.** Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la auto-

gestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.

Las normas transcritas ponen de manifiesto el principio de participación ciudadana en los asuntos públicos, como manifestación de la democracia participativa y protagónica que estimula la intervención de los individuos en la gestión pública reconociéndoles en ella un papel determinante.

Una de las manifestaciones más importantes del derecho a la participación, lo constituye sin duda alguna el derecho al sufragio -tanto en su faceta activa como en la pasiva-, el cual se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas.

Este concepto de sufragio se fundamenta, en un Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, sobre la base del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone en su numeral primero, que: “...No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona...”.

Igualdad entendida como “...el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir que, en virtud de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones, pues la verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que éstas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general...”. (Vid., la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1131 del 24 de septiembre de 2022, caso: *Luis Enrique Vergel Cova*).

Partiendo de las premisas relativas al sufragio y al derecho a la igualdad, conviene destacar que existe una diferencia entre los principios que deben regir el derecho al sufragio para la elección de cargos públicos, y los que rigen la elección o nombramiento de autoridades en el marco del derecho a la libre asociación consagrado en el artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Poder Nacional. Competencia. Régimen de las Telecomunicaciones

TSJ-SPA (268)

13-4- 2023

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: RADIO CARACAS RADIO, C.A vs. demanda de nulidad contra la Resolución dictada por el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

En tal sentido, importa señalar que esta Sala en casos similares se ha pronunciado con relación a la vigencia del referido Decreto Reglamentario y ha determinado lo siguiente:

“(...) el tema de la vigencia temporal de la reglamentación dictada bajo el amparo de la Ley de Telecomunicaciones 1940, concretamente el Decreto Reglamentario N° 1.577 alegado por la recurrente como fundamento de su solicitud, para lo cual importa distinguir entre la cesación de la vigencia de la legislación anterior, entiéndase Ley de Telecomunicaciones de 1940 y la cesación de la eficacia del Reglamento, concretamente el Decreto N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, invocado por el recurrente a su favor.

En cuanto a la cesación de la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del mencionado Decreto Reglamentario N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, tenemos que el artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, es claro al dictar un régimen derogatorio con carácter general y uniforme en los términos siguiente:

...Omissis...

No establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 una derogatoria específica -en el sentido de expresa- de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, ni del Decreto 1.577 de fecha 27 de mayo de 1987, sino una derogatoria con carácter general de las disposiciones legales y reglamentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en dicha ley, por lo que a juicio de esta Máxima Instancia en esta derogatoria general se encuentra implícita la derogación de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del invocado por la recurrente Decreto Reglamentario N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, interpretación de la Sala que encuentra apoyo -como se expondrá infra- en la Disposición Transitoria contenida en el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mediante la cual el legislador le confiere vigencia temporal sólo a los instrumentos normativos expresamente indicados en dicha norma.

Así, tenemos que el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, mantiene la vigencia de algunos instrumentos normativos, en los términos siguientes:

...Omissis...

En consecuencia, visto el efecto derogatorio con carácter general contenido en el mencionado artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, entendida la derogación como aquella disposición ad hoc que tiene por finalidad dejar sin efecto una norma y que recae sobre todas las posibles normas del texto legal al cual se refieren o a este íntegramente y la no inclusión del invocado por la recurrente del Decreto Reglamentario N° 1.577 entre las disposiciones legales y reglamentarias que por disposición del transcrito artículo 208 continuaban vigentes, la Sala concluye que tanto la Ley de Telecomunicaciones de 1940 como el Decreto N° 1.577 Reglamentario fechado 27 de mayo de 1987, cesaron su vigencia a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, el 12 de junio de 2000, fecha en la que comenzó a surtir efectos. Así se establece (...)" (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 01512 del 16 de noviembre de 2011, caso: Venevisión). (Destacado de la Sala). [Véase: Revista de Derecho Público No 128, octubre-diciembre, 2011, pp. 126 y ss]

A los fines de la transformación de los títulos, las personas deberán presentar sus solicitudes de transformación, de conformidad con el siguiente cronograma:

...Omissis...

4. ETAPA 4:

Dispondrán de un lapso de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del 11 de marzo de 2002, a los efectos de solicitar la transformación a que hace referencia el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:

a) Las personas que únicamente detentan títulos para la prestación de servicios que puedan catalogarse como 'Radiodifusión sonora en Amplitud Modulada (AM), Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada (FM), Ambiente Musical, Televisión Abierta VHP y Televisión Abierta UHF' (...)" (Destacado de la Sala).

El citado artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, establece como Disposición Transitoria un régimen transitorio, de carácter temporal (Derecho intertemporal) para la transformación de las concesiones o permisos otorgados conforme a la legislación anterior en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta ley, lo cual otorga eficacia jurídica en el sentido arriba expuesto a la legislación y reglamentación derogada, **la cual tenía alcance hasta el momento de extinción de la concesión o permiso otorgados bajo el amparo de la legislación anterior o hasta que el concesionario decidiese acogerse a la nueva regulación,**

mediante la correspondiente manifestación de voluntad, materializada a través de la respectiva solicitud. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 01512 del 16 de noviembre de 2011). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 128, Octubre-Diciembre, 2011, pp. 126 y ss]

Bajo legislaciones anteriores, estableció una disposición transitoria en la cual se destaca lo siguiente: i) el órgano rector o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones según corresponda, continuarán con los procesos de transformación de los títulos, concesiones o permisos otorgados antes de la entrada en vigencia de la LOTEL del 2000, en las habilitaciones administrativas, concesiones, permisos u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta nueva Ley del año 2011; ii) para que procediera dicha transformación, de acuerdo a lo previsto en el ordinal 2 *eiusdem*, debía encontrarse vigente la concesión otorgada al momento de la publicación de dicho cuerpo normativo, y iii) en aquellos casos en los cuales, no se hubiere transformado la concesión y no se encontraran vigentes al momento de la publicación de la vigente Ley, debían los titulares solicitar y obtener la respectiva habilitación administrativa y concesión de acuerdo con los procedimientos establecidos en dicha normativa y, siendo declarada de oficio la extinción de los Títulos por el Órgano Rector o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Ahora bien, conforme a lo antes expuesto observa esta Sala que, en ambas Leyes Orgánicas de Telecomunicaciones, se incluyeron Disposiciones Transitorias para facilitar precisamente el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva normativa que regula la materia.

De manera pues, que siendo derogada la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 por la entrada en vigencia de la actual Ley desde el año 2011, cesaba la aplicación de la Disposición Transitoria prevista en el artículo 210 *supra* citado de aquella, y correspondía aplicarse de manera inmediata la Disposición Transitoria Segunda antes transcrita, a aquellas situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la actual normativa.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad Económica. Derecho a la Libertad Económica. Telecomunicaciones*

TSJ-SPA (268)

13-4- 2023

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: RADIO CARACAS RADIO, C.A vs. demanda de nulidad contra la Resolución dictada por el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

La Corte señala que la actividad económica que implica el uso y explotación del espectro radioeléctrico, al ser éste un bien de dominio público queda facultados los órganos administrativos respectivos en la regulación del ejercicio de dicha actividad, para la cual se requiere de la respectiva concesión y habitación administrativa, siendo otorgada o renovada, según sea el caso, por el órgano rector y la comisión nacional de telecomunicaciones asegurando la protección del interés social.

El derecho a la libertad económica está previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

Artículo 112.- "Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios

que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”. (Resaltado de la Sala).

Como puede observarse, el artículo 112 de la Constitución de 1999 consagra el derecho de toda persona a dedicarse a las actividades económicas de su preferencia; no obstante, este derecho podrá ser restringido por la propia Constitución o las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social. Es decir, el mencionado derecho económico no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada.

Por su parte, el único aparte del artículo 113 del Texto Fundamental, prevé que cuando se trata de la explotación de los recursos naturales propiedad de la nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública, con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando una contraprestación adecuada al interés público.

Tal artículo, establece una limitación a la libertad económica que encuentra desarrollo legislativo en los artículos 5, 16 y 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y que se reproducen en la actual normativa del año 2011, según los cuales, **resulta obligatorio la obtención previa de la habilitación administrativa y la concesión cuando se pretende el uso y explotación de una porción del espectro radioeléctrico**. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 01054 del 9 de julio de 2014).

Asimismo, con relación al referido derecho esta Sala ha establecido lo siguiente:

“(...) ‘se impone señalar que el derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una manifestación específica de la libertad general de los ciudadanos, proyectada en su ámbito o aspecto económico, y consiste en la posibilidad legítima de emprender y mantener en libertad la actividad empresarial, esto es, de entrar, permanecer y retirarse del mercado de su preferencia.

El indicado precepto consagra en los siguientes términos el derecho en referencia: (...)

Conforme se aprecia de la citada disposición, el Texto Constitucional no sólo consagra el derecho de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su predilección, sino que garantiza que ese derecho podrá ser restringido únicamente por otras disposiciones de la misma Constitución o de la Ley; de manera que el derecho económico in commento no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute, sino que, por el contrario, está expresamente condicionado por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social, en los términos que se establezcan en la propia Constitución o en las leyes.

Lo que interesa destacar con esto es que los órganos del Poder Público están habilitados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para regular el ejercicio de la libertad económica, con el fin primordial y último de alcanzar determinados propósitos de ‘interés social’. De esa manera, y así lo ha expresado este Máximo Tribunal en reiteradas oportunidades, el reconocimiento del derecho en referencia debe concertarse con otras normas elementales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución de nuestro país reconoce el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, la existencia de un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en la que el Estado funge como simple programador de aquélla, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como una suerte de ‘empresario superior’).

En armonía con lo anterior, debe destacarse que no toda medida que incida en la libertad de empresa es, per se, contraria al derecho en referencia, salvo que persiga -por un mero voluntarismo- obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido...’. (Negritas de esta decisión) (Sent. SPA N° 00286 de fecha 5 de marzo de 2008, caso: *IMOSA TUBOACERO FABRICACIÓN, C.A. Vs. MINISTRO DE LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO*) (...).” (Sentencia N° 0619 del 13 de mayo de 2009).

De conformidad con lo antes transcrito, se precisa que la actividad económica que implica el uso y explotación del espectro radioeléctrico, al ser éste un bien de dominio público quedan facultados los órganos administrativos respectivos en la regulación del ejercicio de dicha actividad, para la cual se requiere de la respectiva concesión y habitación administrativa, siendo otorgada o renovada, según sea el caso, por el órgano rector y la comisión nacional de telecomunicaciones asegurando la protección del interés social.

Sin embargo, para su renovación se requiere igualmente del consentimiento por parte de la autoridad administrativa, sin que ello implique la obligatoriedad de su otorgamiento, en virtud que tal como tuvo ocasión de precisar la Sala al analizar precedentemente las denuncias de inmotivación e indefensión, la Administración en ejercicio de la potestad discrecional atribuida en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones consideró, a los fines de dictar su decisión, la ponderación del interés general frente al particular, el respeto al principio constitucional de la igualdad, así como la alternabilidad en el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la cual aunque no sea compartida por la recurrente no significa que carezca de sustento.

2. Régimen de los Servicios Públicos

A. Gestión de los Servicios públicos: Concesiones

En este sentido, cabe destacar que el uso del espectro radioeléctrico está sujeto a la obtención previa de una concesión, de conformidad con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 113 de la Constitución de 1999, 5, 7, 73 y 76 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.610 del 7 de febrero de 2011, que disponen:

“Artículo 113. (...) Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.” (Resaltado de la Sala).

“Artículo 5

Se declaran como de servicio e interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa, concesión o permiso, de ser necesario, en los casos y condiciones que establece esta Ley, sus reglamentos y las condiciones generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 7

El espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República, para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley.

Artículo 73

La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral mediante el cual el Órgano rector o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones según sea el caso, otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión.

...Omissis... (...).”

Artículo 76

Para realizar actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico los operadores deberán obtener previamente la concesión de uso correspondiente, otorgada por el órgano rector o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según sea el caso, a través del procedimiento de oferta pública o por adjudicación directa, en la forma y condiciones reguladas por esta Ley y su Reglamento.” (Destacado de la Sala).

De las normas transcritas se evidencia que el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República y por ende, se declara como servicio de interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios asociados a los mismos, para cuyo ejercicio se requerirá **la obtención previa de una habilitación administrativa, concesión o permiso.**

Asimismo, se advierte que el hecho de que la accionante no pueda usar el espectro radioeléctrico a través de la radiofrecuencia que le había sido otorgada no implica que no puedan seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, manifestando sus ideas, opiniones, informaciones y demás contenidos, mediante otros medios de comunicación (sentencia de esta Sala Nro. 0763 del 23 de mayo de 2007). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 110, abril-junio, 2007 pp. 159 y ss.] Así se determina.

a. *Renovación***TSJ-SPA (268)****13-4- 2023**

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: RADIO CARACAS RADIO, C.A vs. demanda de nulidad contra la Resolución dictada por el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

La concesión es un acto administrativo unilateral mediante el cual el Órgano Rector o la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según sea el caso, otorga o renueva sea a una persona jurídica o a un particular su condición de concesionario para hacer uso y explotación de una porción del espacio radioeléctrico, destacándose además que tal condición de titular de una concesión no implicará que, ante la solicitud de renovación, ostente un derecho subjetivo o de preferencia a que la misma le sea otorgada.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA1. *El Contencioso Administrativo de Abstención o Carencia***TSJ-SPA (463)****25-5-2023**

Magistrado Ponente: Juan Carlos Hidalgo Pandares

Caso: ASOCIACIÓN CIVIL U.E.P. COLEGIO CLARET

El recurso por abstención debe estar acompañado por los documentos que establezcan que el demandante tramitó en más de una oportunidad la solicitud que no fue respondida de manera adecuada y oportuna por la Administración.

...De lo anterior, aprecia la Sala que la parte apelante circunscribió la fundamentación de la apelación en que la decisión objeto del recurso presuntamente violatorio de lo preceptuado en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y excesivamente formalista los requisitos establecidos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con relación a la presunta violación de las normas constitucionales señaladas por el apelante, esta Sala en decisión número 00364 del 1° de marzo de 2007, indicó que:

“De acuerdo a lo expuesto, resulta (...) un imperativo el riguroso respeto de la regulación y ordenación legal de la causa en lapsos y demás formalidades esenciales, que no pueden obviarse; menos aún, tomando como fundamento -tal como lo hizo el a quo- el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, so pena de sacrificar la justicia y la seguridad jurídica”.

Se desprende de la transcripción parcial de la señalada sentencia que si bien es cierto que el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra que la justicia no se sacrificará por omitir formalismos no esenciales, no es menos cierto que a los fines de lograr impartir de forma correcta la justicia, es imperativo que los jueces y juezas de la Nación observen el respeto riguroso de formalidades esenciales previstos en la legislación.

... En el caso bajo análisis, la Sala advierte que el requerimiento establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no constituye un trámite o formalismo no esencial, en virtud que resulta determinante para la admisión del recurso de abstención, ya que con ello constituye la posibilidad que el órgano de la Administración Pública de forma recurrente omitió su obligación constitucional de otorgar respuesta adecuada y oportuna a las inquietudes o peticiones por parte de los administrados.

Ahora bien, se observa que la demanda de autos es presentada conforme lo previsto en el artículo 9 ordinal 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en concordancia con el artículo 24 ordinal 3 de dicha Ley Orgánica, por consiguiente, lo que evidencia que la misma debe ser tramitada conforme a las normas aplicables a caso concreto, es decir, las contenidas en la indicada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y por tanto verificarse que la demanda cumplía con absoluta cabalidad los requerimientos de admisión contemplados en la normativa aplicable al caso.

Ello así se observa que el ordinal 4 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, señala expresamente que

“Artículo 35. *La demanda se declarará inadmisibles en los siguientes supuestos (...) 4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad (...)*. (Negritas de la Sala).

Por otra parte, el artículo 66 de la Ley Orgánica *in commento* determina lo siguiente:

“(...) Artículo 66. *Además de los requisitos previstos en el artículo 33, el demandante deberá acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados en los casos de reclamos por prestación de servicios públicos o por abstención (...)*. (Resaltados de la Sala).

Las normas anteriormente transcritas determinan con toda claridad que las demandas por abstención o carencia para ser admitidas deben cumplir, no solo con los requerimientos previstos en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino que también la demanda debe estar acompañada por todos y cada uno de los documentos que acrediten que el demandante tramitó de forma efectiva la petición requerida ante el correspondiente ente de la Administración Pública, sin obtener respuesta. Entendiéndose que no basta que se acompañe de un único documento que acredite el trámite de la petición, pues la norma determina expresamente *“los documentos que acrediten los trámites efectuados”* es decir, varios documentos que ciertamente establezcan que el demandante tramitó en más de una oportunidad la solicitud que no fue respondida de manera adecuada y oportuna.

Este ha sido el criterio sostenido por esta Sala, el cual ha sido ratificado en diversas sentencias, entre ellas la signada con el número 146 del 21 de marzo de 2023, cuyo tenor es el siguiente:

“(…) Conforme se desprende de las normas antes citadas, a los efectos de la admisión de la demanda, corresponde al tribunal constatar no sólo el cumplimiento de los requisitos que deberá expresar el escrito presentado, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 33 de la Ley bajo examen, sino que además, en el caso de las demandas por abstención, el demandante debe acompañar el libelo con los documentos que acrediten los trámites realizados ante la autoridad correspondiente. (Vid., sentencias de esta Sala Nros. 00640, 01228, 00291 y 00313 de fechas 18 de mayo de 2011, 6 de noviembre de 2013, 6 de abril de 2017, y 11 de noviembre de 2021, respectivamente).

En tal sentido, ha sido reiterado de forma pacífica y continua, el criterio establecido por esta Superioridad, a través de la decisión Nro. 00243 de fecha 2 de marzo de 2016, (caso: Inversiones Qzno Maiquetía, C.A.), en el cual se estableció que no basta con dirigir una sola petición ante la Administración, sino que se deben agotar varios trámites en los términos previstos en el artículo 66 eiusdem precedentemente transcrito (…)

Así las cosas, se advierte de la revisión exhaustiva efectuada a las actas que conforman el expediente judicial, que la parte actora acompañó a su libelo un escrito de fecha 23 de noviembre de 2022, por medio del cual peticionó a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), que de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo otorgara oportuna y adecuada respuesta a la petición formulada respecto a los siguientes puntos:

“(…) 1.- (...) de manera motivada y debidamente fundamentada, las razones de hecho y de derecho, que considero [la SUNDDE], para reducir el costo de la mensualidad (...), para el periodo escolar 2022-2023 (...).

2.- Solicito (...), se (...) indiquen de manera motivada los criterios, que conforme a derecho, se (...) ordenó de manera verbal, que la fijación del precio en ciento setenta y cinco dólares americanos (\$175,00), solo sería aplicable a partir del mes de octubre de 2022, prohibiendo el cobro del diferencial causado, entre la matrícula del periodo escolar 2021-2022 de ciento veinte dólares americanos como moneda de cuenta (\$120,00), al ajustado de ciento setenta y cinco dólares americanos (\$175), tanto para la matrícula de inscripción, como para la mensualidad del mes de septiembre de 2022, aun cuando, la estructura de costo corresponde para el periodo escolar 2022-2023; el cual abarca desde el 16-09-22 hasta el 31-07-23, incluyendo el periodo vacacional desde el 0108-22 hasta el 15-09-22.

3.- Solicito (...) se (...) indique, si el oficio N° SUNDDE/ICGPJ2022-016, de fecha 13 de octubre de 2022, se corresponde a un procedimiento realizado por denuncia, de oficio o por solicitud de auditoría, en atención al acta de requerimiento de fecha 13-09-22 (...). (Agregado de la Sala).

Sin embargo, no se acompañó alguna otra prueba que acredite la realización de más de una gestión ante la Administración para obtener respuesta, razón por la cual, al no estar cumplidos los extremos previstos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta Sala considera que el Juzgado Nacional Segundo Contencioso Administrativo de la Región Capital, dictó conforme a derecho la decisión recurrida, declarando INADMISIBLE la demanda por abstención. Así se decide.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Acción de Amparo Constitucional

A. Admisibilidad

TSJ-SC (187)

23-3-2023

Magistrada Ponente: Tania D' Amelio Cardiet,

Caso: JUANA RAFAELA BEROES, JOSÉ RAMÓN ESPAÑA, LONIS ENRIQUE YANAVE BEROES y otros

La Sala ratifica una vez más su jurisprudencia referente a que el poder *apud acta* solo surte efectos en el juicio para el que se otorga.

...Conforme a la doctrina jurisprudencial transcrita, esta Sala reitera que de conformidad con el contenido del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, el poder otorgado ante el Secretario del Tribunal, sólo surte efectos en el juicio contenido en el expediente correspondiente y no en otro.

Observa esta Sala, que la presente acción de amparo constitucional se ejerció contra una decisión judicial que resolvió en segunda instancia otro proceso de naturaleza civil, como es el caso, de un interdicto restitutorio por despojo a la posesión agraria de un inmueble, lo que indica, que se trata del ejercicio de una acción autónoma e independiente a la presente. De tal manera, que el poder *apud acta* presuntamente otorgado al abogado Marcos Elías Goitia Hernández, ya identificado, en principio lo facultaría única y exclusivamente para representar a los hoy accionantes en amparo, ante el Tribunal Primero de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, y no para ejercer la acción de amparo constitucional que pretendió intentar ante esta Sala Constitucional.

En este sentido, el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece lo siguiente:

“Artículo 133: Se declarará la inadmisión de la demanda:

(omissis)

Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente.

En atención con la disposición legal parcialmente transcrita y conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, visto que el poder con que actuó el abogado Marcos Elías Goitia Hernández, es un poder para el caso específico, que únicamente faculta la actuación de dicho apoderado judicial en el juicio de interdicto restitutorio por despojo a la posesión agraria, lo cual implica una inexistencia de documento poder que acredite la capacidad del mencionado abogado para ejercer la representación que aduce, esta Sala estima, que tal situación acarrea la falta de representación para intentar la presente acción de amparo constitucional, pues no se evidencia de las actas procesales, que los presuntos agraviados hayan otorgado un mandato o poder que permitiera al precitado abogado, actuar en nombre de éstos en la presente causa, por lo que de conformidad a lo previsto en el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable por remisión del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declara inadmisibile por falta de representación la acción de amparo constitucional incoada. Así se decide.

TSJ-SE (49)

1-6-2023

Magistrado Ponente: Carysilia Beatriz Rodríguez Rodríguez

Caso: LUIS ÁNGEL CHACÍN SABINO, JUAN RAFAEL JIMÉNEZ y otros.

En materia electoral el medio idóneo a los fines de ventilar pretensiones de carácter anulatorio lo constituye el recurso contencioso electoral, por lo que es inadmisibile la presentación de una acción de amparo.

...Declarado lo anterior, corresponde analizar la admisibilidad de la causa; sin embargo, debemos tener presente que al hacer referencia a los efectos del amparo estos son siempre restitutorios de los derechos y garantías constitucionales denunciadas, y no comporta tratar de forma directa nulidades, ni efectos constitutivos de derecho, es entonces un mecanismo para garantizar que se le restituyan a un individuo sus derechos constitucionales bajo determinadas

condiciones; razón por la cual no resulta vinculante para el juez constitucional lo que pudiera solicitar el quejoso, sino el acontecimiento demostrable o comprobable que vaya en contravención a sus derechos y garantías constitucionales y sus efectos.

Pues bien, esta Sala observa que en el presente caso, se interpuso una “*ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL*”, contra la Comisión Electoral de la Asociación Civil, UNION DE CONDUCTORES LECHERÍAS, nombrada el 14 de mayo de 2022, ya que programó un proceso electoral, anulando las elecciones de dicha asociación, celebradas el 29 de julio de 2022, presuntamente quebrantado “...*los estatutos reformados, específicamente en el párrafo único del artículo 22...*”, lo que a su decir, trajo como consecuencia la violación de derechos fundamentales a sus poderdantes consagrados en los artículos 27, 49 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Negrillas del Original).

...Ahora bien, en una primera aproximación para valorar el caso, resulta indudable para esta Sala Electoral, que el interés jurídico sustancial que se pretende hace valer, surge como consecuencia de unas presuntas vías de hecho surgidas con posterioridad a un proceso electoral efectuado el 29 de julio de 2022; y en efecto, para que la acción de amparo prospere, es necesario que la violación de los derechos y/o garantías haya ocurrido inmediatamente, esté ocurriendo o exista fundado temor de que se producirá de manera inminente.

Sobre la base de esta premisa es que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, determina que se concebirá como amenaza válida para que los interesados puedan solicitar el amparo constitucional “...*aquella que sea inminente*”....

Por otro lado, la parte recurrente indicó que es válido ejercer el amparo “...por cuanto (...) no se establece en contra del proceso de antelación a la votación, ni al acto de votación, sino al proceso final posterior a la votación...”, y adujo que tal afirmación es jurisprudencia de esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Respecto a la acción de amparo constitucional, como vía procesal para dirimir controversias electorales, ha sido jurisprudencia reiterada la doctrina bastante diferenciada (ver sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, N° 178, de fecha 10 de octubre de 2017), que se transcribe a continuación:

“... esta Sala viene sosteniendo pacíficamente en su jurisprudencia, que la admisibilidad de la acción de amparo está supeditada a que la situación jurídica denunciada como infringida sea reparable, toda vez que el artículo 6, numeral 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que éste no se admitirá cuando la violación del derecho o garantía constitucional constituya una evidente situación irreparable (Ver sentencias N° 73 del 17/11/2005 y N° 9 del 25/01/2006). En la presente solicitud de amparo, se observa que la pretensión principal de los accionantes, persigue que se les permita el ejercicio del derecho al sufragio en el proceso electoral para la renovación de las Autoridades de la Asociación de Ciclismo del Estado Lara, cuyos comicios se celebraron el 05 de julio de 2017, lo cual se afirma reiteradamente a lo largo del escrito libelar, ya que -según alegan- sin razón alguna fueron impedidos de ejercer el derecho al voto. Sin embargo, tal y como lo afirman categóricamente los accionantes, el proceso de votaciones se efectuó el 05 de julio de 2017, razón por la cual lógicamente para este momento la situación jurídica denunciada como infringida se tornó en irreparable a través de esta vía, puesto que no es posible retrotraer los efectos de dicho acto comicial al momento antes de su realización mediante esta vía especial de amparo”.

Como se puede apreciar del párrafo transcrito, este órgano jurisdiccional, de cara a la tutela jurídica en esta materia contenciosa electoral, ha esclarecido que en relación al proceso electoral el mismo se encuentra delimitado por fases, y solo en las fases preparatorias del proceso electivo, es que se puede ejercitar el amparo como procedimiento jurisdiccional extraordinario.

En el caso que hoy nos ocupa, para el momento en que se introdujo la acción de amparo (22 de agosto de 2022), se estaban produciendo las denunciadas vías de hecho como consecuencia del proceso electoral producido el 29 de julio de 2022, es decir, que la acción de amparo se ejerció contra actos posteriores a esa elección del 29 de julio de 2022, pero en el marco de la nueva convocatoria cuya fecha era imprecisa, por lo que se puede concluir que la acción se ejerció en la fase preparatoria de un nuevo proceso electoral.

Sin embargo, esta Sala considera oportuno reiterar que la acción de amparo es de naturaleza puramente restablecedora o restitutoria, pero en esta causa las pretensiones centrales fueron: “*PRIMERO: Se Declare, Dicte, Decrete y Ordene la nulidad absoluta del dictamen de admisión de solicitud de anulación de las elecciones y programar nuevas elecciones. SEGUNDO: Que, en virtud de decretarse la nulidad de dicho dictamen, se Declare, Dicte, Decrete y Ordene a la brevedad posible la nulidad de todo acto, actuación, gestión o actividad que sea realizada por la Comisión Electoral, posterior al proceso electoral dada la impugnación que se hace ...*”; y es bien conocido, que en materia electoral el medio idóneo a los fines de ventilar pretensiones de carácter anulatorio lo constituye el recurso contencioso electoral, por ende, conforme al numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resulta INADMISIBLE la presente acción.

En vista de lo antes expuesto, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala Electoral declara INADMISIBLE la presente acción de amparo constitucional. Así se establece.

2. *Legitimación en las acciones en protección de Intereses Colectivos y difusos*

TSJ-SC (599)

30-5-2023

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suarez Ardenon

Caso: Rafael Arias

La Sala ratifica los criterios expuestos en la sentencia n.º 656 del 30 de junio de 2000, caso: “Dilia Parra Guillén, sobre las condiciones de admisibilidad de las acciones en protección de intereses colectivos o difusos”

Ahora bien, subsumiendo los criterios antes transcritos, a la situación de marras, se evidencia a todas luces que, lo pretendido por el ciudadano Rafael Arias, quien para la fecha de interposición de la presente acción, actuaba en su carácter de Concejal presidente de la Comisión de Participación Comunitaria, Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana del municipio Sucre del estado Aragua, asistido de abogado, es obtener el restablecimiento de una situación jurídica presuntamente infringida por la Corporación Venezolana de Alimentos, S.A. (CVAL), la cual mediante actos de autoridad ordenó a los mataderos ubicados en el estado Aragua que a partir de mayo de 2015, no podrán disponer de los cueros, las pieles del ganado, así como tampoco de los subproductos derivados de estos, tales como vísceras, trates, los despojos rojos y blancos, lo cual según la delación efectuada por el accionante lesiona flagrantemente los derechos laborales de los trabajadores que hacen vida en los mataderos y en las empresas privadas dedicadas a las carnicerías y a los frigoríficos, (artículos 89 y 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En tal sentido, se colige que la presente solicitud, no reviste las características propias de una acción de amparo por intereses colectivos y difusos, por cuanto, en primer lugar, no existe una pluralidad de sujetos, que va más allá de los intereses personales legítimos, en segundo lugar; las personas presuntamente lesionadas son perfectamente determinables e individualizables, circunscribiéndose la misma en una acción autónoma de amparo constitu-

cional ejercida simultáneamente contra el presidente y vicepresidente de la Corporación Venezolana de Alimentos, S.A. Es decir, en el presente caso, la parte accionante actúa en representación de un notorio interés plural, esto es, de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación fáctica, cuyo ejercicio no presupone compartirlos con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general, por cuanto se agravió a un grupo de trabajadores que hacen vida en los mataderos y en las empresas privadas dedicada a las carnicerías y a los frigoríficos, por cuanto no podrán disponer de los cueros, pieles y los subproductos del ganado, perfectamente cuantificable e identificable individualmente. (Ver sentencias nros. 770 del 17 de mayo de 2001, caso: “Defensoría del Pueblo Vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico -CADAPE- y 622 del 16 de agosto de 2022, caso: “Rosaura Navas Rojas y otros”). Así se declara.

3. Procedimiento. Interposición de la acción

TSJ-SC (621)

30-5-2023

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: RAFAEL ÁNGEL TERÁN BARROETA (contra la Iglesia Católica sobre la decisión de disponer los restos del Dr. José Gregorio Hernández sin realizar una consulta a la feligresía).

El amparo constitucional puede interponerse por vía electrónica y ratificarse

Esta Sala observa que el 19 de noviembre de 2020, el ciudadano Rafael Ángel Terán Barroeta, actuando en su propio nombre y alegando actuar como miembro de la sociedad “interpretando la voluntad, vocación religiosa y democrática del pueblo trujillano”, intentó, vía correo electrónico, acción de amparo constitucional “*de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, en contra de la Iglesia Católica venezolana*”, en los siguientes términos: (Negrillas del texto citado)

“(…) la presente demanda para la protección de intereses colectivos o difusos se plantea con base a la ocurrencia en el presente año, de hechos de carácter religioso, que han tenido como escenario de ejecución el territorio nacional, los cuales se han iniciado con la declaratoria papal del 19 de junio de 2020, mediante la cual fue declarado ‘Beato’ y por ende venerable en los altares el ciudadano trujillano Dr. José Gregorio Hernández Cisneros (...).

Agregó el Cardenal, que parte de los restos de José Gregorio Hernández, serían desmembrados o separados para construir reliquias y colocados en un Santuario que se construiría en la ciudad de Caracas, en los alrededores de la urbanización La Pastora.

Llama la atención la decisión unilateral, no democrática ni participativa del Cardenal Baltazar Porras, quien ha debido tomar en consideración, que vivimos en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (...) y tampoco en las leyes venezolanas se encuentra establecida alguna norma que otorgue facultades a una persona jurídica de carácter público como lo es la iglesia católica venezolana, para realizar actos de disposición sobre los restos mortuorios de los ciudadanos y mucho menos fijar el lugar donde deben ser enterrados; por ello una decisión de esa naturaleza en el caso del Dr. José Gregorio Hernández, corresponde a sus familiares vivos y si fuere el caso el Cardenal debería haber promovido la realización de una consulta democrática entre la feligresía (...). Tampoco está permitido a las personas jurídicas, los actos de desmembramiento o de transformación de restos humanos para trasladarlos a sitios distintos del país y del exterior de la República”.

Una vez observado lo anterior, corresponde a esta Sala verificar si en el caso *sub iudice* se cumplen los supuestos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional ejercida.

De este modo, de la revisión realizada a las actas que conforman el expediente la Sala observa que el accionante por cuenta propia o por medio de apoderado judicial no ratificó personalmente la acción que incoara a través de correo electrónico, así como tampoco compareció por sí o por medio de apoderado judicial a los fines de consignar los documentos fundamentales para verificar la admisibilidad de la presente causa.

Ello así, esta Sala debe resaltar que el amparo constitucional está consagrado como un medio extraordinario y excepcional, cuyo objetivo primordial es que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida y así asegurar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, el cual se ejerce contra normas, actos administrativos de efectos generales o particulares, sentencias y resoluciones judiciales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de las autoridades o particulares, que vulneren o amenacen vulnerar un derecho constitucional, cuando no exista un medio procesal breve, sumario o eficaz acorde con la protección constitucional (Ver sentencias nros. 492/2000, 2.339/2001 y 419/2016).

Ahora bien, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra:

“Artículo 16. La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta”. (Negrillas añadidas)

Por otra parte, esta Sala ha agregado otros medios de interposición del amparo, tal como el correo electrónico, estableciendo en la sentencia N° 742, del 19 de julio de 2000 523/2001, [Véase: *Revista de Derecho Público No 85-86/87-88, enero-diciembre 2001 pp. 457 y ss*] 982/2001, [Véase: *Revista de Derecho Público No 85-86/87-88, enero-diciembre 2001 pp. 477 y ss*] 1.813/2006, 1.555/2015, 825/2017 y 928/2017), lo siguiente

(criterio ratificado en sentencias enumeradas:

“Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.

...Omissis...

Ahora bien, visto que no consta en autos que la acción de amparo a que se ha hecho referencia y que fuere interpuesta por vía de internet haya sido ratificada en la forma prevista en la norma supra transcrita, ni tempestivamente ni fuera del lapso prescrito al efecto, la precitada solicitud debe declararse inadmisibile”. (Negrillas añadidas)

Esta Sala, congruente con el criterio *supra* transcrito y visto que la presente acción de amparo constitucional fue interpuesta a través del correo electrónico el 19 de noviembre de 2020; tomando en cuenta además que hasta la presente fecha (más de dos -2- años después) la acción ejercida no fue ratificada en forma personal (ni tempestivamente ni fuera del lapso prescrito al efecto) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de

Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en aras de la celeridad procesal y en resguardo del principio de economía procesal se debe declarar inadmisibile la acción de amparo ejercida vía correo electrónico. Y así se decide.

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, 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 “*de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, en contra de la Iglesia Católica venezolana*”, ejercida por el ciudadano **RAFAEL ÁNGEL TERÁN BARROETA**, ya identificado al inicio, actuando en su propio nombre y alegando actuar como miembro de la sociedad.

Comentarios Jurisprudenciales

VARIACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: A PROPÓSITO DE LA STC 140/2018* **

Luis María Díez-Picazo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Supremo*

Resumen: *Este artículo analiza el tema del control de convencionalidad en el mundo europeo a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la constitucionalidad de la regulación legal de la jurisdicción universal en la ley Orgánica del Poder Judicial.*

Palabras Clave: *Control de convencionalidad; Jurisdicción Universal.*

Abstract: *This article analyzes the issue of the control of conventionality in the European world following a ruling of the Spanish Constitutional Court on the constitutionality of the legal regulation of universal jurisdiction in the Organic Law of the Judiciary.*

Key words: *Control of conventionality; Universal Jurisdiction.*

I

La Ley Orgánica 1/2014 modificó, en sentido restrictivo, la regulación recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la llamada “jurisdicción universal”; es decir, aquellos supuestos en que los tribunales españoles pueden conocer de delitos a pesar de que no exista ninguna conexión relevante con España (lugar de comisión del delito, nacionalidad del acusado, etc.). Como es sabido, el reconocimiento de la jurisdicción universal tiene como finalidad asegurar la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de delitos particularmente odiosos (genocidio, lesa humanidad, piratería, etc.), que están expuestos al riesgo de quedar impunes si se exige -como es usual- que haya una conexión personal o territorial con el Estado donde se quiere juzgarlos. Pues bien, por lo que ahora importa, la mencionada Ley Orgánica 1/2014, sin excluir la jurisdicción universal de los tribunales españoles en esta clase de supuestos, introdujo una regulación menos generosa que la hasta entonces vigente en España: casos que antes entraban dentro de la jurisdicción universal según la legislación española quedaron fuera.

Esta nueva regulación legal de la jurisdicción universal fue objeto de impugnación directa, por la vía del art. 161 de la Constitución, por más de cincuenta diputados del Partido Socialista Obrero Español. Para fundar el recurso de inconstitucionalidad se alegaba, entre otros argumentos, violación de dos preceptos constitucionales: el art. 14 (principio de igual-

* Publicado en la Obra Teoría y realidad Constitucional

** Conferencia pronunciada el 21 de junio de 2022, en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ciudad de México).

dad ante la ley) y el art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva). Se traían a colación, en este orden de consideraciones, varios tratados internacionales suscritos por España que -siempre según los recurrentes- impondrían el reconocimiento de la jurisdicción universal. Y ello, a su vez, lo ponían en relación con el art. 10.2 de la Constitución. Este precepto constitucional dispone lo siguiente:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Así, el razonamiento de los recurrentes en este punto podría sintetizarse como sigue: en virtud del art. 10.2 existe un deber de interpretar los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 24 de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que aquí serían todos aquellos tratados suscritos por España que, de un modo u otro, desvinculan la persecución penal de determinados delitos de las tradicionales conexiones nacionales; y dado que, en opinión de los recurrentes, la Ley Orgánica 1/2014 no se ajusta a lo previsto por dichos tratados, debería concluirse que es inconstitucional. Dicho brevemente, el reproche de inconstitucionalidad consistía en vulneración de los arts. 14 y 24 de la Constitución leídos a la luz de los referidos tratados internacionales.

La STC 140/2018 desestimó este recurso de inconstitucionalidad. Pero lo que ahora verdaderamente interesa es otra cosa: siempre a propósito de la relevancia para el razonamiento constitucional de los tratados internacionales atinentes a la jurisdicción universal, el Tribunal Constitucional analiza, en el fundamento jurídico 6° de su sentencia, la posible incidencia del art. 96 de la Constitución a la hora de pronunciarse sobre la denunciada desconformidad de la Ley Orgánica 1/2014 con los referidos tratados. Ese precepto constitucional, que regula la eficacia y la posición de los tratados internacionales dentro del sistema español de fuentes del derecho, establece lo siguiente en su primer apartado:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

Pues bien, con base en este precepto constitucional, la STC 140/2018 concluye que la posible desconformidad de la Ley Orgánica 1/2014 con cada uno de los tratados internacionales suscritos por España que guardan relación con la jurisdicción universal es un problema de mera aplicación de la nueva regulación legal; y atinente a su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional considera, en otras palabras, que el art. 96.1 de la Constitución contiene un mandato de inaplicación de las leyes contrarias a los tratados internacionales en vigor; algo que es distinto del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y que corresponde, por consiguiente, a los tribunales ordinarios al conocer de cada caso concreto. La conclusión de la STC 140/2018 es, así, que deberán ser los tribunales ordinarios españoles los que, cada vez que en un caso concreto surja la duda de si la nueva regulación de la jurisdicción universal es compatible con los tratados internacionales suscritos por España, habrán de decidir si hay contradicción entre la norma legal y la norma convencional y, si la hay, aplicar ésta última.

Conviene subrayar que nada de esto era novedoso, pues la jurisprudencia y la doctrina españolas habían venido entendiendo desde antiguo que el art. 96.1 de la Constitución exige la inaplicación de las normas nacionales -de rango subconstitucional- contrarias a un tratado en vigor. Éste era ya un criterio pacífico.

La razón por la que el fundamento jurídico 6° de la STC 140/2018 ha llamado la atención de los comentaristas es que allí se habla, por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional española, de “control de convencionalidad”. Dice que esta noción fue creada en 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la sentencia *Almo-*

nacid Arellano. Y por esta vía, según algunos, la STC 140/2014 da a entender que el art. 96.1 de la Constitución es base para que los tribunales ordinarios españoles practiquen un control de convencionalidad de las leyes. Cada tribunal ordinario podría, así, en cualquier caso concreto dejar de aplicar una ley por reputarla incompatible con algún tratado sobre derechos humanos.

La verdad es que el fundamento jurídico 6º de la STC 140/2018 dista de ser claro a este respecto. Basta leer el siguiente pasaje:

“En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE.”

Tal vez cupiera sostener que esa referencia al control de convencionalidad es un mero *obiter dictum*, innecesario para justificar a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional. Pero el dato incontestable es que ha abierto un debate doctrinal en España, que merece ser examinado y valorado. La cuestión es si el art. 96.1 de la Constitución española permite un control de convencionalidad, de carácter difuso

Antes de abordar este interrogante, no es ocioso señalar que la STC 140/2018 va acompañada de un voto particular (concurrente) de don Antonio Narváez Rodríguez. Este Magistrado no discrepa del fallo, pues coincide con la mayoría en que la Ley Orgánica 1/2014 no infringe la Constitución. Su discrepancia se limita al razonamiento desarrollado en el fundamento jurídico 6º de la STC 140/2018, a propósito, precisamente de la relación entre derechos fundamentales y tratados internacionales en la Constitución española. Hace básicamente dos observaciones. La primera es que el criterio interpretativo en materia de derechos fundamentales establecido en el art. 10.2 de la Constitución -arriba expuesto- no se predica de cualesquiera tratados internacionales en los que España es parte, sino únicamente de aquéllos que protegen derechos humanos. Esto es relevante, según el citado Magistrado, porque los tratados internacionales que los recurrentes consideran vulnerados por la nueva regulación legal de la jurisdicción universal no versan *stricto sensu* sobre derechos humanos, sino sobre materias que -aun estando dentro del ámbito genérico de lo humanitario- son distintas. Básicamente el compromiso de tipificar y perseguir determinadas conductas odiosas. La otra observación, de alguna manera ligada a la anterior, es que el art. 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva), que los recurrentes invocaban como infringido, no comprende el derecho a obtener una condena penal según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de cuanto se dirá más adelante, cabe indicar ya que estas dos observaciones del referido Magistrado son difícilmente rebatibles.

II

Para analizar la cuestión abierta en la doctrina española, es muy útil hacer un excursus sobre la adopción de la idea de control de convencionalidad en algunas jurisdicciones. Y no está fuera de lugar comenzar por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que la STC 140/2018 atribuye la paternidad de dicha idea¹.

¹ Una completa exposición sobre el origen del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañada de valiosas reflexiones comparadas,

El señor Almonacid Arellano era un maestro y militante comunista chileno que fue asesinado por los carabineros en septiembre de 1973, poco tiempo después del golpe de Estado. Una vez finalizada la dictadura, sus familiares exigieron que los responsables de su muerte fueran procesados y condenados. Los tribunales de Chile, en las sucesivas instancias, declararon que el crimen no podía ser perseguido, porque estaba cubierto por la amnistía acordada mediante el Decreto-Ley N° 2191 del año 1978, aún en vigor.

Agotadas las vías internas, los familiares acudieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile se había adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1990, y había aceptado el derecho de recurso de los particulares ante la Corte de San José en 1998. El asunto terminó mediante la sentencia *Almonacid Arellano* de 26 de noviembre de 2006, que condenó a Chile por violación del art. 2 de la Convención.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se abre, como es sabido, con la enumeración de los deberes generales de los Estados en materia de derechos humanos. Así, mientras que el art. 1 impone la obligación de respetar los derechos declarados en la Convención, el art. 2 establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Este precepto convencional, que es el ahora relevante, dice:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Existe así un deber convencional, de alcance general, de que los ordenamientos internos de los Estados contengan normas que permitan el efectivo disfrute de todos y cada uno de los derechos proclamados por la Convención. Pues bien, la sentencia *Almonacid Arellano* consideró que el citado art. 2 exige tanto la aprobación de las normas nacionales que sean necesarias para cumplir la Convención, como la supresión de aquellas normas nacionales que resulten contrarias a la misma; es decir, la supresión de las normas nacionales que impidan o dificulten el pleno respeto de los derechos declarados en la Convención. Éste es precisamente el reproche dirigido a Chile: no haber eliminado el obstáculo que el Decreto-Ley N° 2191 representaba para el castigo de un asesinato cometido por fuerzas policiales en la represión desencadenada tras el golpe de Estado.

Vale la pena observar incidentalmente que el reproche que se le hace a Chile tiene que ver con lo que, en terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se denominan “obligaciones positivas”. Se trata del deber que pesa sobre los Estados no ya de abstenerse de violar los derechos convencionalmente consagrados, sino de ser diligentes en la investigación y el castigo de cualesquiera hechos atentatorios contra los derechos fundamentales, muy especialmente contra la vida y la integridad física².

Pues bien, volviendo al art. 2 de la Convención en su vertiente de exigencia de supresión de las normas nacionales que impidan o dificulten el pleno respeto de los derechos, el punto crucial es que la sentencia *Almonacid Arellano* insiste en que vincula a todos los funcionarios y agentes del Estado signatario. Y ello incluye a los tribunales. A partir de aquí la mencionada sentencia infiere expresamente que los tribunales deben velar por que la aplicación de las normas nacionales no conduzca a una vulneración de los derechos reconocidos

puede hallarse en L. López Guerra, “Convencionalidad y constitucionalidad. Los casos de México y España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. extraordinario, 2019.

² Véase, por ejemplo, F. SUDRE y otros, *Les grands arrêts de la Cour européenne de Droits de l’Homme*, P.U.F., París, 2003, p. 17 y siguientes

por la Convención. Llega así a afirmar que los tribunales del Estado signatario deben ejercer un “control de convencionalidad”. A este respecto dice el párrafo 124 de la sentencia:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Para un observador externo, el modo en que aquí se construye la doctrina del control de convencionalidad resulta ambiguo, en un extremo que reviste cierta importancia: no aclara si el art. 2 de la Convención exige a los tribunales del Estado signatario considerar que las normas nacionales contrarias a los derechos convencionalmente consagrados son inválidas. De la lectura del pasaje transcrito podría inferirse que la respuesta a este interrogante es afirmativa. Si ello es así, hay que concluir que, en el supuesto de incompatibilidad entre el derecho interno y la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se conforma con la inaplicación de la norma nacional, sino que impone su invalidez y, por consiguiente, que se la tenga por nula. Ello es llamativo porque diverge de la regla general con arreglo a la cual el derecho internacional impone obligaciones de resultado, no de medios³. Piénsese que ni siquiera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado tan lejos, a pesar de afirmar tajantemente la eficacia directa y la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros, incluidas sus constituciones: dichos principios exigen que los tribunales del Estado miembro dejen de aplicar la norma nacional contraria al derecho de la Unión, mas no que la consideren inválida ni que declaren su nulidad *erga omnes*.

Con posterioridad a la sentencia *Almonacid Arellano*, la jurisprudencia de la Corte de San José ha confirmado la doctrina del control de convencionalidad, y la práctica de varios Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se orienta en ese sentido.

III

Una inexactitud de la STC 140/2018 es afirmar que la noción de control de convencionalidad fue acuñada en 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La verdad es que se trata de una categoría jurídica utilizada en algunos países europeos, al menos desde los años setenta del pasado siglo⁴. Ciertamente la idea de que los tratados internacionales prevalecen sobre la ley nacional se encuentra en la Constitución de los Países Bajos, a pesar

³ Lo usual en el derecho internacional son las obligaciones de resultado no sólo por deferencia a la libertad de autoorganización de los Estados, sino también porque la aplicación de las normas internacionales suele estar necesitada de actos de los órganos estatales, tal como explica D. Alland, *Manuel de droit international public*, P.U.F., París, 2014, p. 17 y siguientes. Pero nada impide, aunque sea inusual, que los Estados asuman convencionalmente obligaciones de medios.

⁴ Una buena visión de conjunto sobre la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los tribunales ordinarios en varios países europeos se encuentra en A. Barreiro Ortega, “Una aproximación (europea) al control difuso de convencionalidad”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016.

de que no contempla la posibilidad de anular las leyes por inconstitucionales⁵. Pero aquí interesa concentrarse en la experiencia francesa, pues la expresión misma “control de convencionalidad” se originó, como se verá enseguida, en ese país.

Contrariamente a la pauta tradicional, Francia mantiene -al igual que los Países Bajos- un enfoque monista de las relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno. El giro se inició con la Constitución de 1946, cuyo art. 26 decía que los tratados internacionales tienen “fuerza de ley”. La opción por el monismo es aún más acentuada en la Constitución de 1958, pues su art. 55 atribuye a los tratados internacionales “una autoridad superior a la de las leyes”. Es verdad que ello se condiciona a que hayan sido regularmente celebrados, que hayan sido publicados y que haya reciprocidad en el cumplimiento de lo pactado. El art. 55 de la Constitución francesa implica, así, que los tratados internacionales son fuente del derecho interno por sí mismos. No son, como ocurre allí donde impera el tradicional enfoque dualista, únicamente normas que vinculan a las partes en el plano internacional, pero cuya aplicación en el derecho interno requiere una norma nacional -usualmente una ley- que los incorpore. En pocas palabras, el monismo francés prescinde de la incorporación de los tratados internacionales, de manera que éstos despliegan eficacia directa o automática en el ordenamiento nacional, hallándose además por encima de la ley en la jerarquía normativa.

Para el tema aquí examinado, debe observarse que el enfoque monista de las relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno no implica necesariamente otorgar a aquéllos un rango jerárquico superior al de la ley. El monismo no prejuzga el escalón jerárquico a ocupar por los tratados internacionales en el derecho interno. Teóricamente caben varias posibilidades: que estén subordinados a la ley; que estén al mismo nivel que ella, como preveía el art. 26 de la Constitución francesa de 1946; que sean superiores a la ley, como sucede actualmente en Francia; o incluso que se les atribuya rango constitucional. Esta observación es relevante, porque el control de convencionalidad difícilmente puede existir si a los tratados internacionales no se les reconoce una autoridad superior a la de las leyes; algo que, como se puede apreciar, va más allá de la alternativa dualismo-monismo.

Sentada esta premisa, es necesario tener presente otro dato: la Constitución francesa de 1958 introdujo, como es sabido, un peculiar sistema preventivo de control de constitucionalidad de las leyes. El Consejo Constitucional, con arreglo a su regulación original, sólo podía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación y, además, sólo a instancia del Presidente de la República, del Primer Ministro y de los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. Si la ley no era impugnada antes de su promulgación por alguno de esos sujetos políticos, devenía inatacable por muy palmaria o grosera que fuese su disconformidad con la Constitución. En la jerga constitucional francesa, se producía un “efecto pantalla”. Las razones que condujeron al constituyente francés de 1958 a adoptar un mecanismo tan limitado de control de constitucionalidad de las leyes no son aquí relevantes.

Pues bien, la importantísima reforma constitucional de 29 de octubre de 1974 amplió la legitimación para impugnar las leyes antes de su promulgación a sesenta diputados o a sesenta senadores, lo que es tanto como decir a las minorías parlamentarias. Ello abrió la puerta a la transformación progresiva del Consejo Constitucional en una auténtica jurisdicción constitucional⁶.

⁵ Véase R.F. Campusano Droguett, “Control de constitucionalidad en Japón y Países Bajos”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), núm. 77, 2012

⁶ Permítase la remisión a L.M. Díez-Picazo, “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, 2008

Muy poco tiempo después se aprobó la ley de interrupción voluntaria del embarazo, que -haciendo uso por vez primera de la mencionada ampliación de la legitimación para acudir al Consejo Constitucional- fue impugnada por sesenta diputados. Éstos sostenían, entre otras cosas, que la legalización del aborto en determinados supuestos, tal como preveía la ley impugnada, vulneraba el derecho a la vida proclamado por el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La argumentación se apoyaba básicamente en el art. 55 de la Constitución: el Convenio Europeo es un tratado internacional suscrito por Francia; en cuanto tal, tiene una autoridad superior a la de las leyes; la ley impugnada contraviene lo dispuesto por el Convenio Europeo, lo que resulta contrario al art. 55 de la Constitución; luego la ley impugnada es inconstitucional por violación (mediata) del mencionado precepto constitucional.

Este razonamiento no era ilógico ni extravagante. Pero fue rechazado por el Consejo Constitucional en su decisión de 15 de enero de 1975, probablemente por consideraciones de equilibrio institucional y renuencia a ampliar excesivamente el parámetro de la constitucionalidad. Así, tras comprobar que la nueva regulación legal del aborto no vulneraba la Constitución propiamente dicha, el Consejo Constitucional eludió pronunciarse sobre la conformidad de aquélla con el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello hizo una importantísima afirmación de principio: la superior autoridad de los tratados internacionales, establecida por el art. 55 de la Constitución, no comporta que la ley contraria al tratado internacional sea inconstitucional. Subrayó a este respecto que la eficacia de los tratados internacionales es relativa y contingente, porque está sometida a una condición de reciprocidad, por no mencionar que su vigencia misma depende de la voluntad de las demás partes contratantes. Entendió así el Consejo Constitucional que los tratados internacionales, por esa menor solidez de sus cimientos, no pueden erigirse en canon de validez de la ley, que es expresión democrática de la voluntad popular.

Ahora bien, tras haber negado que la ley contraria al tratado internacional sea inconstitucional, la decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1975 hizo otra afirmación igualmente trascendental: el respeto debido por las leyes a los tratados internacionales, impuesto por el art. 55 de la Constitución, es una cuestión de legalidad ordinaria. Ello significa que velar por la superioridad efectiva de los tratados internacionales corresponde a los tribunales ordinarios, que en cada caso concreto de colisión entre la norma legal y la norma convencional deberán dar prioridad aplicativa a ésta última. De este modo, el Consejo Constitucional invitó a los tribunales ordinarios a ejercer un control difuso de las leyes, cuya consecuencia es la inaplicación en el caso concreto de la ley disconforme con el tratado internacional. Este mecanismo es desde entonces conocido en Francia como “control de convencionalidad”⁷.

La justicia civil y penal aceptó inmediatamente la sugerencia del Consejo Constitucional: mediante sentencia de 24 de mayo de 1975, en el asunto *Société de cafés Jacques Vabre*, la Corte de Casación dejó de aplicar una ley vigente por contraria a un tratado internacional; y ello a pesar de que la ley era posterior al tratado y, por tanto, habría cabido pensar que el legislador quiso deliberadamente apartarse de éste.

Por el contrario, la justicia administrativa -en cuya cúspide se halla el Consejo de Estado- fue renuente durante largo tiempo a ejercer el control de convencionalidad, especialmente cuando la ley es posterior al tratado internacional. Le costó abandonar el viejo dogma de la

⁷ Una explicación muy detallada del origen y la evolución del control de convencionalidad en Francia se encuentra en B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 5ª ed., L.G.D.J., París, 2006, p. 24 y siguientes. Específicamente sobre la decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1975, véase L. Favoreu y L. Philip, *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, 16ª ed., Dalloz, París, 2011, p. 84 y siguientes.

soberanía del Parlamento. Tan es así que seguramente fue la insistencia del Consejo Constitucional lo que le hizo cambiar de opinión: mediante una decisión de 3 de septiembre de 1986, el Consejo Constitucional recordó que todos los órganos del Estado están obligados a aplicar los tratados internacionales; y más decisiva aún fue su decisión de 21 de octubre de 1988, por la que en su condición de juez electoral examinó la conformidad con el art. 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a elecciones libres) de una norma legal posterior, relativa a las condiciones para pasar a la segunda vuelta de las elecciones. Es verdad que el Consejo Constitucional concluyó que no había vulneración del derecho a elecciones libres; pero ejerció el control de convencionalidad en un asunto en que no era juez de la constitucionalidad de las leyes, sino juez de la regularidad de las elecciones y, por consiguiente, juez ordinario. Mostraba así el camino a seguir a los tribunales ordinarios que aún se resistían a inaplicar la ley contraria al tratado internacional. Un año más tarde, con la famosa sentencia *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado finalmente modificó su criterio.

Desde entonces, tanto la justicia civil y penal como la justicia administrativa practican el modelo de control de convencionalidad ideado por el Consejo Constitucional en 1975: las leyes -anteriores o posteriores- a una obligación convencional deben ser inaplicadas. Ello ha sido muy útil como medio para asegurar la primacía del derecho de la Unión Europea en Francia. Pero también ha desplegado su virtualidad para dotar de protección efectiva a los derechos humanos frente a los excesos legislativos; algo particularmente necesario en un ordenamiento carente de control de constitucionalidad de las leyes por vía incidental. Como se vio más arriba, con la regulación original del Consejo Constitucional, la ley no recurrida preventivamente resultaba luego inatacable. El asentamiento del control de convencionalidad ha permitido a los tribunales ordinarios utilizar el Convenio Europeo de Derechos Humanos como condición de aplicación de la ley, estableciendo así un contrapeso al carácter marcadamente restrictivo con que se había diseñado el control de constitucionalidad a la francesa. Desde 1989, en Francia han convivido un control de constitucionalidad concentrado y preventivo con un control de convencionalidad difuso. Y aunque la sanción aparejada a este no es la anulación de la ley sino su mera inaplicación, no deja de ser un equivalente funcional de la cuestión de inconstitucionalidad. Tan es así que el propio Consejo de Estado, en su sentencia *Koné* de 3 de julio de 1996, lo reconoció abiertamente al afirmar que “el control de convencionalidad es una forma de control de constitucionalidad por vía de excepción”.

En fin, por lo que aquí específicamente importa, la posterior introducción de la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad” no ha alterado el panorama. A partir de la reforma constitucional de 28 de julio de 2008, la Corte de Casación y el Consejo de Estado, como órganos supremos de la justicia civil y penal y de la justicia administrativa respectivamente, pueden cuestionar la constitucionalidad de las leyes por vía incidental o de excepción. Y ni que decir tiene que, si el Consejo Constitucional considera que la norma legal cuestionada es inconstitucional, la anula con efectos *erga omnes*. Pero ello no ha supuesto una limitación del control de convencionalidad, entre otras razones porque el Consejo Constitucional no ha alterado su jurisprudencia de que los tratados internacionales no son parámetro de la constitucionalidad de las leyes.

IV

Este último punto resulta especialmente útil para comprender los distintos enfoques posibles, desde el punto de vista del derecho interno, a la hora de abordar el problema de la compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La experiencia italiana es ilustrativa.

El control de constitucionalidad de las leyes introducido por la Constitución italiana de 1947 es de tipo concentrado y opera, como es sabido, principalmente por vía incidental: son

los tribunales ordinarios los que, cuando en un caso concreto consideran que la norma legal aplicable contraviene la Constitución, pueden plantear la cuestión a la Corte Constitucional. Las sentencias de ésta tienen efectos generales. El control de constitucionalidad de las leyes a la italiana se apoya así en la colaboración entre los tribunales ordinarios y la Corte Constitucional, dejando muy poco margen para la impugnación directa o abstracta de la ley, seguramente por un fundado temor a que por esa vía llegue a politizarse la justicia constitucional.

Otro dato a tener en cuenta es que Italia se ha mantenido fiel, al menos formalmente, al tradicional enfoque dualista de las relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno. Los tratados internacionales carecen, por sí solos, de fuerza vinculante en el ordenamiento italiano. Para ser aplicados por los tribunales, es preciso que hayan sido incorporados mediante un acto de la autoridad nacional competente. Aunque la Constitución no lo dice expresamente, siempre se ha entendido que el modo normal de incorporación es la orden de ejecución. Ésta es el mandato que una autoridad da a los operadores jurídicos para que se adecúen a las estipulaciones de un determinado tratado internacional. Dicho tratado internacional deviene así aplicable en el derecho interno por intermediación de la orden de ejecución, con la consecuencia de que su posición en el sistema de fuentes es la correspondiente a la orden de ejecución. Por ejemplo, si la orden de ejecución emana del Gobierno, la fuerza de las estipulaciones convencionales será la propia de un reglamento gubernamental. Pero en los supuestos, enumerados en el art. 80 de la Constitución, en que la ratificación de un tratado internacional exige la previa autorización mediante ley, el tratado internacional tendrá fuerza de ley en el derecho interno siempre que la ley de autorización incluya ya una orden de ejecución⁸.

Aunque su relevancia sea marginal en esta sede, vale la pena señalar que el derecho internacional consuetudinario no necesita de incorporación para ser aplicable en el ordenamiento italiano. Opera la llamada “adaptación automática”, por obra del art. 10 de la Constitución allí donde dispone que “el ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

Pues bien, ese contexto -o sea, un enfoque dualista de las relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno, sumado a un control de constitucionalidad de las leyes vigoroso y ejercido por una Corte Constitucional muy respetada- era poco propicio para que surgiese la inquietud por el control de convencionalidad, dejando una vez más al margen lo atinente a la supremacía del derecho de la Unión Europea. Es cierto que el volumen de casos provenientes de Italia en el Tribunal de Estrasburgo ha sido siempre elevado; pero tradicionalmente no hubo intentos significativos de los tribunales italianos de enjuiciar la validez de la ley tomando como parámetro el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las cosas comenzaron a cambiar a raíz de la reforma constitucional de 23 de octubre de 2001, que afectó a la organización territorial. El nuevo art. 117 de la Constitución italiana comienza diciendo que “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones dentro del respeto a la Constitución, así como a los vínculos dimanantes del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”. Aunque este precepto se encuentra en el Título V, relativo a las entidades subestatales (regiones, provincias y municipios), es claro que el mandato constitucional de que la legislación respete las “obligaciones internacionales” rige no sólo para los legisladores regionales, sino también para el legislador estatal⁹.

⁸ Para una exposición actualizada del tratamiento constitucional de los tratados internacionales en Italia, cabe remitirse a T. Martines, *Diritto costituzionale*, 15ª ed. (revisada por G. Silvestri), Giuffrè, Milán, 2020, p. 78 y siguientes.

⁹ Véase, por ejemplo, F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, 2ª ed., Cedam, Padua, 2015, p. 90-92.

Con base en el mencionado inciso del art. 117 de la Constitución, la Corte Constitucional dictó sus importantísimas sentencias N° 348 y N° 349 de 2007, que modifican profundamente el significado y alcance del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento italiano. En ambos casos se trataba de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Corte de Casación en relación a dos normas de la legislación sobre expropiación forzosa. Dichas normas regulaban el cálculo de la indemnización: en el primer caso, por la expropiación de terrenos edificables; y en el segundo caso, por la ocupación ilegítima del bien. Ambas normas introducían determinados criterios objetivos de tasación, que impedían que la indemnización reflejase el auténtico valor de mercado del terreno expropiado en el primer caso, o el importe real del daño sufrido en el segundo caso. El tribunal *a quo* entendía que dichas limitaciones al cálculo de las indemnizaciones resultaban contrarias a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a propósito del art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho de propiedad privada). Es digno de mención, además, que una cuestión de inconstitucionalidad sobre la primera de las referidas normas había sido desestimada por la Corte Constitucional en 1993.

Pues bien, la Corte Constitucional comenzó recordando la diferencia entre el derecho de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: aquél es un ordenamiento jurídico diferenciado, caracterizado por la eficacia directa y la primacía de sus normas, mientras que éste -aun cuando su importancia en la vida jurídica es extraordinaria- no deja de ser un mero tratado internacional carente de eficacia directa en el ordenamiento italiano. Y del Convenio Europeo tampoco cabe predicar la “adaptación automática”, prevista en el art. 11 de la Constitución para el derecho internacional consuetudinario. Así las cosas, la Corte Constitucional consideró que el problema debe ser afrontado con base en la vinculación del legislador nacional a las “obligaciones internacionales”, impuesta por el nuevo art. 117 de la Constitución italiana. Llegó así a la afirmación de que las normas legales contrarias al Convenio Europeo -como las examinadas en esas dos cuestiones de inconstitucionalidad- vulneran, de manera mediata o indirecta, el mandato constitucional del art. 117 de la Constitución; lo que conduce necesariamente a su declaración de inconstitucionalidad y consiguiente anulación.

Las sentencias N° 348 y N° 349 de 2007 supusieron un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puesto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos pasó a ser considerado como “norma interpuesta” en el control de constitucionalidad de las leyes. En la doctrina italiana dicha expresión es, de alguna manera, equivalente a la de “bloque de la constitucionalidad” en la doctrina francesa: se trata siempre de normas que sin tener formalmente rango constitucional operan como parámetro para enjuiciar la conformidad de la ley con la Constitución, porque ésta -al menos implícitamente- se remite a ellas¹⁰.

Dicho esto, hay otro aspecto del razonamiento de la Corte Constitucional italiana que, en una perspectiva comparada, no debería pasar inadvertido: con base en un precepto constitucional similar -aunque no idéntico- al art. 55 de la Constitución francesa, la Corte Constitucional italiana llega en 2007 a la conclusión que el Consejo Constitucional francés evitó en 1975. Como se vio más arriba, los diputados que recurrieron la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo alegaron que contradecía el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por consiguiente, vulneraba el precepto constitucional que reconoce a los tratados internacionales “una autoridad superior a la de las leyes”. Esta argumentación dista-

¹⁰ Sobre el importante giro que, para la posición del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento italiano, han supuesto las sentencias n° 348 y n° 349 de 2007 de la Corte Constitucional, cabe remitirse al autorizado testimonio de M. Cartabia, “La Cedu e l’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni”, en R. Bin y otros, *All’incrocio tra Costituzione e Cedu*, Giappichelli, Turín, 2007. La autora ha sido luego Presidenta de la Corte Constitucional. Véase también D. TEGA, “La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, en *Quaderni costituzionali*, núm. 2/2007.

ba de ser absurda. Pero el Consejo Constitucional prefirió afirmar que la contradicción entre la ley y el tratado internacional determina la inaplicación de aquélla, no su inconstitucionalidad. La verdad es que ambos modos de razonar ante el mismo interrogante son aceptables, según los cánones generalmente admitidos de la lógica jurídica. La opción del Consejo Constitucional francés, como se dejó apuntado, fue probablemente debida a consideraciones de equilibrio institucional. Pues bien, una vez comprobado que no hay argumentos concluyentes para sostener un modelo u otro de sumisión del legislador nacional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, no cabe descartar que en la Corte Constitucional italiana también pesaran consideraciones de equilibrio institucional, tales como la conveniencia de preservar su monopolio en el control de la ley y, en definitiva, la coherencia de un sistema concentrado de justicia constitucional.

V

Cabe ahora volver sobre la STC 140/2018, a fin de examinar si el art. 96.1 de la Constitución española permite un control de convencionalidad similar al auspiciado por la Corte de San José o por el Consejo Constitucional francés. Ya se ha visto que, como criterio general, el Tribunal Constitucional considera que en caso de colisión entre una norma legal y una norma convencional debe darse prioridad aplicativa a ésta última. El art. 96.1 de la Constitución se interpreta, así, como un mandato a los tribunales ordinarios de inaplicar, en el caso concreto, la ley contraria a un tratado internacional. En este sentido genérico o impropio puede decirse que hay control de convencionalidad en el ordenamiento español.

Ahora bien, la cuestión es más compleja cuando se pasa al ámbito específico de los tratados internacionales sobre derechos humanos. La razón es que entonces opera también el arriba mencionado art. 10.2 de la Constitución, con arreglo al cual los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales “se interpretarán de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Sobre el significado del art. 10.2 de la Constitución existía, con anterioridad a la STC 140/2018, un criterio jurisprudencial claro y constante del Tribunal Constitucional¹¹. Este criterio era una especie de Jano, con dos caras.

Por un lado, los tratados internacionales sobre derechos humanos -entre los que ocupa un lugar preeminente el Convenio Europeo de Derechos Humanos- son una guía privilegiada y vinculante para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. Ello implica que a los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional no cabe darles una interpretación diferente ni, desde luego, menos garantista que la correspondiente a sus equivalentes en tratados internacionales sobre derechos humanos de los que España es parte. En la práctica, esto es muy importante para que los tribunales españoles, incluido el Tribunal Constitucional, se adecúen a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en su famosa sentencia *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994, el Tribunal de Estrasburgo declaró por vez primera que el art. 8 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar) protege la morada de las personas frente a molestias externas particularmente intensas, que en aquel caso eran malos olores: a raíz de ello, modificando expresamente su anterior orientación, el Tribunal Constitucional comenzó a interpretar el art. 18 de la Constitución española (derecho a la intimidad personal y familiar) en ese mismo sentido (STC 119/2001).

Por otro lado, sin embargo, el Tribunal Constitucional afirma que los tratados internacionales sobre derechos humanos no forman parte del bloque de la constitucionalidad. Ésta es

¹¹ La monografía clásica, de ineludible consulta, sobre el art. 10.2 de la Constitución española es la de A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

la diferencia básica entre el actual enfoque italiano y el español. Ello implica que, por sí solos, los tratados internacionales sobre derechos humanos no son parámetro de la constitucionalidad de las leyes, ni tampoco pueden ser tutelados mediante el recurso de amparo. Si pueden conectarse a algún derecho fundamental reconocido por la Constitución española, será éste -ciertamente interpretado a la luz del tratado internacional- el que servirá para juzgar la validez de la ley o para acceder al recurso de amparo. Pero si esa conexión no puede hacerse, los derechos humanos declarados en tratados internacionales no tienen, en el ordenamiento español, más que un valor subconstitucional: son directamente aplicables por imperativo del art. 96.1 de la Constitución, pero como normas subconstitucionales.

Es verdad que la mayor parte de los derechos humanos declarados en tratados internacionales pueden engarzarse, de un modo u otro, con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, que es relativamente moderna. Pero ello no quita que pueda haber derechos humanos convencionalmente declarados carentes de ningún equivalente en la Constitución española. Por ejemplo, el art. 4 del Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, algo que no tiene ninguna correspondencia constitucional en España. Entonces, la pregunta es si una ley que permitiese alguna forma de expulsión colectiva de extranjeros debería ser inaplicada por los tribunales ordinarios, dando prioridad en el plano aplicativo al mencionado precepto convencional. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al art. 96.1 de la Constitución, la respuesta debe seguramente ser afirmativa. Más aún, ello se desprende sin sombra de duda de la STC 140/2018.

Hasta aquí, las cosas están razonablemente claras. Pero cabe hacerse una pregunta: ¿por qué la inaplicación por cualquier tribunal ordinario de una ley contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos habría de limitarse a aquellos supuestos en que el derecho humano de origen convencional no tiene equivalente constitucional? Un ejemplo hipotético puede iluminar este interrogante. El art. 15 de la Constitución española abole la pena de muerte “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. Con posterioridad, el art. 1 del Protocolo N° 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, celebrado en 2002 y actualmente ratificado por España, ha establecido la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. Así, en la hipótesis de que el legislador español reintrodujera la pena de muerte para ciertos delitos militares en tiempos de guerra, habría un muy sólido argumento para sostener la inconstitucionalidad del nuevo precepto legal: el art. 15 de la Constitución debería interpretarse de conformidad con el art. 1 del Protocolo N° 13, dado que ambos tratan de la exclusión de la pena de muerte. Y habida cuenta del sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes que rige en España, pronunciar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de ese hipotético precepto legal correspondería exclusivamente al Tribunal Constitucional. Ahora bien, si se razona con base en el art. 96.1 de la Constitución -que, como se ha visto, es el que regula la fuerza y la eficacia de los tratados internacionales en el ordenamiento español-, no resulta evidente que los tribunales ordinarios no pudieran, en el caso concreto, inaplicar el precepto legal relativo a la pena de muerte para ciertos delitos militares en tiempos de guerra, por reputarlo incompatible con el art. 1 del Protocolo N° 13.

Ocurre que esa posibilidad carece de apoyo jurisprudencial y es absolutamente minoritaria en sede doctrinal. La doctrina española sostiene mayoritariamente que la contradicción entre una norma legal y un derecho humano convencionalmente reconocido que tiene equivalente en la Constitución española da lugar a un problema de constitucionalidad de la ley, que sólo puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional por vía de recurso o cuestión de inconstitucionalidad; y ello, por supuesto, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional deba adecuar su interpretación a lo previsto por el correspondiente tratado internacional sobre derechos humanos, tal como ordena el art. 10.2 de la Constitución. En otras palabras, la inaplicación de la norma legal, en el caso concreto, por los tribunales ordinarios no es una

alternativa al control concentrado de constitucionalidad de las leyes cuando sobre el tema de que se trate hay algún precepto constitucional relevante. En este sentido se orientan, sin diferencias significativas, los principales comentaristas del art. 10.2 de la Constitución y otros autores que se han ocupado específicamente del control de convencionalidad¹². Sólo hay una obra monográfica que mantiene una posición distinta, claramente abierta a una reconsideración del papel en el ordenamiento español de los tratados internacionales sobre derechos humanos¹³.

Así las cosas, un control de convencionalidad de las leyes en sentido estricto, equiparable al auspiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por el Consejo Constitucional francés, no existe en el ordenamiento español. Para comprender adecuadamente este dato, es útil hacer algunas observaciones adicionales.

Conviene destacar que la mencionada construcción jurisprudencial y doctrinal no sería la única posible. Ya se ha visto que el art. 96.1 de la Constitución (prioridad de los tratados internacionales sobre las leyes) se refiere, en principio, a todo tipo de tratados internacionales. Tampoco es necesario ver el art. 10.2 de la Constitución (deber de interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos) como una norma especial con respecto a la norma general, que sería el citado art. 96.1. La voluntad de los redactores de la Constitución fue, sin duda, dotar a los tratados internacionales sobre derechos humanos de una particular relevancia, convirtiéndolos en un instrumento obligatorio para la interpretación de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales¹⁴. En 1978, cuando la Constitución española fue aprobada, su art. 10.2 era inusualmente aperturista, pues inauguraba explícitamente una vía de comunicación -de tránsito preceptivo- con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Pero ese deber de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos nada dice -a favor o en contra- de si en la Constitución española cabría un control de convencionalidad en sentido estricto. Y debe añadirse que, cuanto menos, resulta dudoso que el art. 163 de la Constitución, relativo a la cuestión de inconstitucionalidad, fuese un obstáculo insuperable para ello. Es cierto que siempre se ha entendido como una prohibición de que los tribunales ordinarios inapliquen una norma legal por reputarla contraria a la Constitución, pues en ese supuesto deben plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional; pero, en la práctica, el citado art. 163 no impide el juego del art. 96.1 con respecto a los tratados internacionales sobre materias no atinentes a derechos humanos. Luego hay algo peculiar en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

¹² Véanse, entre otros, P. Andrés Sáenz De Santamaría, “Artículo 10.2”, en S. Muñoz Machado (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española, Cortes Generales/Tribunal Constitucional*, Madrid, 2018; R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015; A. Queralt Jiménez, “Artículo 10.2”, en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución española (Libro-homenaje a Luis López Guerra)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; y A. Saiz Arnaiz, “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018. Tampoco L. López Guerra, en el trabajo citado en la nota 1, se muestra particularmente inclinado a apartarse de la visión establecida del Tribunal Constitucional sobre el art. 10.2 de la Constitución.

¹³ Se trata de L. Jimena Quesada, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013. Vale la pena señalar que A. Barrero Ortega, en el trabajo citado en la nota 4, mantiene -dentro de su enfoque comparativo- una posición bastante matizada a este respecto.

¹⁴ Sobre lo que los redactores de la Constitución española tenían en mente al elaborar su actual art. 10.2, es útil la remisión a O. Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 128-130. Este distinguido constitucionalista fue un diputado relevante y activo en las Cortes constituyentes

Esto ayuda a comprender la razón subyacente a la construcción jurisprudencial y doctrinal establecida. Esta parte de una interpretación conjunta de los arts. 10.2, 96.1 y 163 de la Constitución que -si bien, como acaba de exponerse, no es la única posible- resulta razonable y está muy consolidada. Y seguramente, al igual que en Francia e Italia, la visión acerca del papel en el derecho interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos ha estado influida por consideraciones de equilibrio institucional. Muy señaladamente el designio de mantener el carácter concentrado del sistema español de control de constitucionalidad o, si se prefiere, no erosionar la supremacía del Tribunal Constitucional sobre los tribunales ordinarios. Así lo demuestra que, más allá de argumentos esencialmente relativos a fuentes del derecho (eficacia directa de los tratados en el derecho interno, prioridad aplicativa sobre la ley, subordinación a la Constitución, etc.), la principal razón aducida por la mayoría de la doctrina a favor de la referida construcción tiene que ver con la seguridad jurídica: evitar la diversidad de soluciones que previsiblemente traería un control de convencionalidad difuso de las leyes ejercido por los tribunales ordinarios¹⁵.

Queda dicho que una visión alternativa no sería necesariamente incompatible con la Constitución española. Pero, para resultar convincente, debería superar un obstáculo que a menudo se pasa por alto: interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos es una operación distinta que interpretar los tratados internacionales sobre otras materias (comercio, visados, transportes, delimitación de fronteras, etc.). Éstos últimos suelen contener estipulaciones bastante precisas. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en cambio, no dejan de estar -como declaraciones de derechos que son- cargados de valores y plagados de cláusulas generales. Su interpretación requiere, así, métodos similares a los utilizados en la interpretación constitucional y, por ello mismo, es legítimo preguntarse si debe dejarse difusamente en manos de todos los tribunales ordinarios.

¹⁵ El más sofisticado análisis, al menos en la doctrina española, de la íntima relación existente entre justicia constitucional concentrada y seguridad jurídica se debe a V. Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011

LA ILEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL N° 81 DEL 16 DE ABRIL DE 2021: DIOSDADO CABELLO VS. EL NACIONAL

Román J. Duque Corredor

Individuo de numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar la ilegitimidad de la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 16 de abril de 2021 dictada en la demanda de Diosdado Cabello contra El Nacional, al reajustar la condena que se había dictado en el respectivo proceso, careciendo de competencia para avocarse al caso ya que en la causa ya existía sentencia definitivamente firme respecto de tal condena, y, por ende, cosa juzgada formal y material.*

Palabras Clave: *Cosa juzgada; Confianza legítima.*

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the illegitimacy of the judgment of the Civil Cassation Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of April 16, 2021 issued in the lawsuit of Diosdado Cabello against El Nacional, by adjusting the sentence that had been issued in the respective process, lacking competence to address the case since in it there was already a final judgment, and, therefore, formal and material res judicata.*

Key words: *Res judicata; Legitimate expectation.*

I. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Conforme el postulado del Estado democrático de derecho y de justicia, la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional está condicionada a la competencia de los tribunales y al cumplimiento del debido procedimiento establecido por la ley, según el artículo 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en concordancia con el principio de legalidad a que se contrae su artículo 137, que determina que “*La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”. Además, para ejercer legítimamente la jurisdicción, el Poder Judicial, ha de respetar los principios de justicia e igualdad, de supremacía de la Constitución y de sujeción a la ley, a que se contraen los artículos 2º, 7º, 136 y 137, *ibidem*. Y, por otro lado, para que el proceso que han de seguir los tribunales sea en verdad un instrumento de la justicia, según el artículo 26, de la misma Constitución, los jueces deben garantizar los principios de una justicia imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos. Y, por último, además de la no sujeción a la ley, la legitimidad la pierde el Poder Judicial cuando en el ejercicio de la función jurisdiccional viola las garantías del debido proceso del derecho de defensa, del derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y del derecho a no ser juzgado por los mismos hechos; conforme lo establece el artículo 49, constitucional, en su numerales 1, 4 y 7, respectivamente. Y por supuesto, cuando viola el principio de igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 21, *ibidem*, si no respeta sus precedentes judiciales en casos del mismo tenor.

Por lo expuesto, independientemente del origen o no legítimo de la Sala de Casación Civil, en el Estado democrático de Derecho, esta Sala pierde legitimidad cuando no respeta las garantías constitucionales de los ciudadanos de ser juzgados por los jueces naturales, del derecho de la tutela judicial efectiva o de no ser juzgados por los mismos hechos: y de igualdad ante ley. Todos estas garantías y derechos son principios de tal envergadura, que su desconocimiento, total o parcial, no solo significa inconstitucionalidad e ilegalidad por violación de la Constitución y de la ley, sino pérdida de la legitimidad por el abuso del ejercicio de la función jurisdiccional.

II. LA PÉRDIDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL POR LA SENTENCIA N° 81 DEL 16 DE ABRIL 2021

En el caso de la demanda contra El Nacional, C. A., citada en el título de este artículo, la Sala de Casación Civil (SCC) actuó ilegítimamente al reajustar la condena dictada en el respectivo proceso, por cuanto carecía de competencia para avocarse por cuanto se trataba de una causa donde ya existía sentencia definitivamente firme respecto de tal condena, y, por ende, cosa juzgada formal y material, que impide a cualquier juez revisar lo decidido. Y, además, la referida Sala no siguió el debido procedimiento establecido en la ley, porque admitió un avocamiento que legalmente es inadmisibile y continuó con su trámite, en contra de la prohibición contenida el artículo 25, numeral 16, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que prohíbe su admisión en juicios donde existe sentencia firme definitiva.

III. PÉRDIDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL POR DESCONOCER LA DOCTRINA VINCULANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD

Aún más, en el caso del avocamiento del juicio de Diosdado Cabello vs. El Nacional, C. A., la mencionada Sala decidió en contra de su propia jurisprudencia que establece que la base del cálculo de indexación debe hacerse en bolívares y que debe ser practicada tomando en cuenta los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (I.N.P.C.), publicados por el Banco Central de Venezuela; o que en ausencia de estos Índices, ha de calcularse sobre la base del promedio de la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país, y que además, para el cálculo de la indexación se debe ordenar siempre una experticia complementaria del fallo¹. Es decir, que la Sala de Casación Civil mencionada, en su Sentencia N° 81 del 16 de abril de 2021, trató desigualmente a El Nacional, a diferencia de todos los otros casos anteriores en que ha aplicado el bolívar para la conversión monetaria del dólar, por lo que violó el principio de igualdad ante la ley y de imparcialidad. En efecto, además de todo lo anterior, la jurisprudencia hasta la sentencia definitivamente firme contra el Nacional era que la indexación en daño moral no procede porque el condenado solo sabrá el valor de ese daño cuando se dicte el fallo. Por tanto, la nueva doctrina que considera el daño moral como deuda dineraria sujeta a indexación, no cabe aplicarla porque es posterior a la demanda por el cual se condenó el daño. Al aplicar a un caso anterior, un cambio de criterio en asuntos del mismo tenor, la Sala de Casación Civil desconoció la doctrina vinculante de la Sala Constitucional que asentó que, en garantía de la confianza legítima, la seguridad jurídica y la igualdad, tales cambios de criterios solo rigen para el futuro, pero no para los casos anteriores². El desconocimiento de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional, antes menciona-

¹ Ver sentencias de la citada Sala: No. RC-865, de fecha 7 de diciembre de 2016, expediente No. 2015-438 y No. RC-538, de fecha 7 de agosto de 2017, expediente No. 2017-190 y No. RC-517 de fecha 8 de noviembre de 2018, (Exp. AA20-C-2017- 000619).

² Ver sentencias No. 1588 del 11 de noviembre de 2013 y No. 956 del 1° de junio de 2001, y sentencia de fecha 8 de junio de 2013 (Exp. -09-1236).

da constituye una violación del artículo 335, de la Constitución, que dispone que “*Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”. E, igualmente, del artículo 4º, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que ratifica tal obligatoriedad. Tal desconocimiento, en virtud de lo dispuesto en los numerales 10 y 11, del artículo 25, *eiusdem*, permitiría a la Sala Constitucional revisar la Sentencia de la Sala de Casación Civil, en comento, por cuanto desconoció un precedente dictado por la referida Sala Constitucional.

Asimismo, la Sala de Casación Civil no respetó anteriores precedentes, en materia de avocamiento, de las diversas Salas del indicado Tribunal Supremo, que establecen el criterio de que ese medio especial, excepcional y exclusivo, solo tiene aplicación durante los juicios en trámite, pero no en los supuestos en los que exista una sentencia definitivamente firme. Por tanto, al desconocer tales precedentes, dicha Sala violó, en cuanto al respeto a la tutela judicial efectiva, las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa y los principios de la igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica. Derechos y principios estos fundamentales en un Estado democrático y de Derecho y de Justicia. En efecto, en la Sentencia, en comento, se reconoce que, en el juicio mencionado contra El Nacional, C. A., la sentencia de instancia había quedado definitivamente firme, al haber desistido la demandada del recurso ordinario de apelación intentado en su contra; siendo este desistimiento homologado por sentencia firme de la alzada, tal como fue reseñado en la misma sentencia de marras. Es decir, la Sala de Casación Civil carecía de jurisdicción para modificar el dispositivo de la sentencia de instancia, por lo que esa falta de jurisdicción es un caso grave de incompetencia absoluta, que determina, sin duda, la pérdida de legitimidad de la referida Sala. Aparte de lo anterior, en el peor de los casos que por un nuevo criterio fuera admisible el avocamiento, lo cual es un supuesto negado, ya que el artículo 25, Numeral 16, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia solo admite el avocamiento siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme; necesariamente habría de aplicársele la doctrina vigente para ese momento que considera inadmisibles el avocamiento en los casos de juicios donde la sentencia adquieren el valor de cosa juzgada.

El anterior desacato, de su propia doctrina y del Tribunal Supremo de Justicia, puesto que la sentencia de instancia había quedado firme desde el 14 de noviembre de 2018, quebranta el principio de confianza legítima y de la expectativa plausible respecto del mantenimiento y estabilidad de los criterios jurisprudenciales y viola el principio de la igualdad procesal y de la seguridad jurídica, pilares del Estado democrático de Derecho. En efecto, si supuestamente en el juicio o proceso contra El Nacional existían vicios procesales que se alcen contra el debido proceso y la tutela judicial efectiva, si ya se había dictado sentencia definitivamente firme con valor de la autoridad de cosa juzgada material, nada justificaba recibir a trámite una solicitud de avocamiento, porque tal supuesto resulta ser un motivo de su no admisibilidad según la Ley que rige el Tribunal Supremo de Justicia.

No cabe duda alguna de que la Sala de Casación Civil violó el debido proceso al subvertir normas procesales que regulan los modos de actuación que caracterizan el instituto del avocamiento, definido desde hace mucho tiempo, como una excepción al principio del juez natural, cuando alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, de oficio o a petición de parte, tenga noticias de graves quebrantamientos al orden público procesal y en ese supuesto asuma sin la interposición de recurso alguno, el conocimiento de la causa a fin de establecer en un primer grado de conocimiento, si en verdad existen al menos indicios vehementes de una lesión a los derechos fundamentales de las partes interesadas en el conflicto donde se originaron dichas transgresiones. Por tal excepcionalidad, la Ley que rige el Tribunal Supremo de Justicia impide a cualquiera de sus Salas avocarse en los juicios donde existan sentencias definitivamente firmes.

Tampoco existe duda de que la Sala de Casación Civil violó gravemente el principio del juez natural, al desconocer no solo criterios vinculantes que desarrollan la figura del avocamiento, sino que además atentó contra la seguridad jurídica al quebrantar la cosa juzgada material de una sentencia ya firme que había condenado al Diario El Nacional a pagar una indemnización por daño moral. En este orden de ideas, como lo reconoce el mismo Tribunal Supremo de Justicia, la autoridad de la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible que sea consecuencia de una sentencia firme, por lo que procedió ilegítimamente la Sala de Casación Civil, en atención a lo dispuesto respecto del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional por el artículo 257, constitucional, al abrir nuevas fases de decisión sobre un asunto ya resuelto con fuerza de cosa juzgada. La intangibilidad de la sentencia definitivamente firme es un principio que encierra la noción más elemental de la cosa juzgada material, salvo que ésta sea calificada de dolosa, en cuyo caso, por excepción, cabe cuestionarla, pero por otro tipo o modo de impugnación mas no a través de un avocamiento.

IV. ASPECTOS RESALTANTES DE LA ILEGALIDAD E ILEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA N° 81 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL 16 DE ABRIL DE 2021

Si bien, los anteriores quebrantamientos constitucionales y legales redundan en vicios gravísimos y de alta entidad respecto de la ilegitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la Sala de Casación Civil al avocarse en un juicio donde existía sentencia definitivamente firme para mediante un inadmisibles avocamiento modificar tal sentencia, también lo son, otros aspectos de la pérdida de legitimidad por el fallo comentado de la Sala de Casación Civil, que me permito reseñar a continuación:

a. La doctrina dominante para la época de la publicación del fallo, objeto y sujeto de avocamiento, regulaba de una manera especial el tema del ajuste monetario o de indexación judicial. Hoy, la tesis es que el juez, en materia civil, la puede aplicar de oficio sin que sea importante su alegato oportuno, sea con el escrito de la demanda o de la reconvenición³. Pero, aun considerando esta nueva doctrina, ésta no tiene recepción en el caso Cabello vs. El Nacional, porque se trataba de una condena firme de daño moral. Y el Tribunal Supremo de Justicia, por intermedio de la Sala Constitucional ha conformado como norma que el daño moral requiere un tratamiento diferente al daño pecuniario o material y, que, por principio, no puede el juez indexar discrecionalmente su condena⁴. Entre otras razones, porque antes de la sentencia de condena no se sabe cuál es el valor de esa condena, ya que es la sentencia la que a la postre fija ese valor.

b. Por otro lado, por la naturaleza moral de la condena el juez está en la imposibilidad técnica de ajustarla. Solo a lo sumo, si la parte condenada no cumpliera voluntariamente con el dispositivo del fallo. En este caso, en garantía del debido proceso, el tribunal de la ejecución debe abrir una articulación probatoria para establecer si había o no el derecho a la indexación y acordar una experticia complementaria del fallo antes de la ejecución forzada. Porque de lo contrario, el juez resolvería sin conocimiento de causa y desconocería el derecho de defensa del condenado. En este punto, la doctrina de la Sala de Casación Social es clara y precisa en materia laboral, ya que solo castiga al patrono que impide la ejecución, en razón de que así lo prevé el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el sentido de que la indexación cubriría el lapso que va del decreto de ejecución del fallo hasta el día del pago, pero nunca desde la admisión de la demanda, justamente porque la parte desconoce el valor último de la condena.

³ Cf. SCC N° 517 de 08-11-2018.

⁴ Sentencia N° 637 de 12-12-2018.

c. Desde otro orden de ideas, la Sala de Casación Civil, en Sentencia N° 632 del 15-10-2014, estableció la imposibilidad de la indexación del daño moral, por lo que, si el nuevo criterio de la Sala de Casación Civil, posterior a la demanda, es que la indexación si procede en el daño moral, como deuda dineraria, a diferencia de la jurisprudencia anterior, tal criterio no es aplicable en el Caso Cabello vs El Nacional, porque tal criterio es posterior a la sentencia definitivamente firme que fijó el monto a pagar, conforme los precedentes jurisprudenciales vinculantes de respeto de los principios de la confianza legítima y de la expectativa plausible.

d. Además, la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecida en su Sentencia N° 576 del 20 de marzo de 2006, declara que la indexación en los procesos de daños y perjuicios, a pesar de la discrecionalidad que puedan tener los jueces para fijar la indemnización, sobre todo respecto de los daños que no representen un interés social, comenzada la ejecución no pueden ir variando esta cantidad por motivo de nuevas indexaciones, puesto que se trata de una cantidad ya fijada mediante sentencia definitivamente firme. De modo que abierta la fase ejecutiva esta no se encuentra abierta indefinidamente para que dentro de ella se vayan articulando nuevos ajustes o reajustes. Asimismo, según la doctrina citada un ajuste en la prestación del deudor una vez abierta esta fase de ejecución es un abuso de derecho que no puede alentarse. Y, además, que los jueces han de señalar una base efectiva y cierta, comprobable, o mediante experticia complementaria del fallo, para el ajuste o resarcimiento de la condena, sobre todo cuando no se trata de asuntos contractuales o extracontractuales. Hubo, pues, una ruptura al equilibrio procesal fuente inagotable de indefensión, que la Sala de Casación Civil no conjuró, sino que estimuló. Pero, con todo, esa actual doctrina resulta quebrantada porque mantiene la misma visión en cuanto a la procedencia del ajuste en materia de daño moral.

e) La Sala de Casación Civil en Sentencia N° 13 del 04-03-2021, admitió que en los procesos civiles en el estado de ejecución de sentencias, si el efectivo pago de lo adeudado y condenado a pagar al deudor moroso no se materializa en el lapso establecido en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, al tener que decretarse la ejecución forzosa y todos los trámites que ello implica, para proteger el derecho de quien ha obtenido una resolución favorable; el juez está facultado para ordenar la realización de nuevas experticias complementarias para el cálculo de la indexación que se cause producto del tiempo transcurrido desde el decreto de ejecución forzosa hasta el pago definitivo. Y que, para ello, puede ordenar nueva indexación sobre el monto condenado durante el procedimiento de ejecución forzosa, excluyendo de dicho cálculo, los lapsos sobre los cuales la causa se hubiese paralizado, pero tomando como base los índices inflacionarios correspondientes fijados por el Banco Central de Venezuela, para lo cual debe realizar una experticia complementaria del fallo. Pues bien, en el Caso Cabello vs El Nacional, en la sentencia N° 81, dictada al mes siguiente, el 16 de abril de 2021, además de ser ilegítimo el avocamiento, aun el supuesto de que fuera aplicable el anterior criterio, ni siquiera aplicó tales previsiones para la certeza del ajuste por indexación.

V. CONCLUSIÓN

Puede concluirse, que la Sala de Casación Civil, con la Sentencia N° 81 de 16-04-2021, dictó un fallo inconstitucional por las razones señaladas, al incurrir en un ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional, pues nunca tuvo jurisdicción para avocarse en un juicio donde existía sentencia definitivamente firme y al manipular con absoluta arbitrariedad el tema del avocamiento y de la indexación; y al asumir las funciones de juez natural y al desconocer el valor de cosa juzgada de las sentencias firmes. Y, además, desacató, para decidir el avocamiento en el caso de la condena contra El Nacional, precedentes jurisprudenciales vinculantes que declaran inadmisibles el avocamiento en los juicios donde existe sentencias definitivas.

mente firmes, lo que implica la violación del principio de igualdad ante la ley y de la igualdad procesal. Y, violó la prohibición legal expresa de admitir avocamientos en casos de sentencias definitivamente firmes.

Por otro lado, la ilegitimidad de las sentencias por el incumplimiento de las condiciones de su legitimidad, son un caso de abuso de poder y, por ende, de corrupción del Poder Judicial. Y, por tanto, el Estado queda obligado al restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por esa omisión injustificada. Y, en consecuencia, El Nacional, C. A, tendría derecho de exigir la responsabilidad personal de los magistrados; e, igualmente, el Estado el derecho de actuar contra estos, según lo establece el numeral 8, del artículo 49, constitucional, ya citado.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA. UNA ALTA LECCIÓN PARA SU CONFIGURACIÓN EN VENEZUELA, A PROPÓSITO, DE LA SENTENCIA 315 DE 28-04-2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Emilio J. Urbina Mendoza

*Doctor en Derecho (Universidad de Deusto – Bilbao)
Profesor de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *La extinción de dominio es un instituto originario del constitucionalismo liberal, tanto en su vertiente de comiso autónomo (derecho angloamericano – non conviction based – unexplained wealth orders) como la propia extinción de dominio acuñada por primera vez en la legislación agraria de Colombia (1936). Tras su éxito en el combate civil contra la delincuencia organizada en la nación neogranadina, se dilató hacia el continente con características que lo hacen una invención original del derecho latinoamericano junto al amparo constitucional. Desde su concreción en la Constitución de Colombia de 1991, la extinción de dominio fue paulatinamente extendiéndose, logrando concretarse una Ley Modelo creada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (ONUDC) en 2011. Desde entonces, la justicia constitucional se ha pronunciado sobre el instituto, moldeándolo, limitándolo, estableciendo coordinaciones con el resto del sistema patrimonial, y por sobre todo, haciendo énfasis en los valores constitucionales consustanciales al derecho de propiedad, más que el estudio de los atributos de ésta última. En Venezuela, con la introducción de la extinción de dominio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 28 de abril de 2023, abordó el carácter orgánico de la ley de extinción de dominio bajo una peligrosa falacia, la ignoratio elenchi (conclusión inatinerante por ignorancia del asunto), desdibujando y colocándose en contravía de las grandes líneas que sobre extinción de dominio ha construido la justicia constitucional en América Latina. Este artículo aborda estas dos realidades, la primera, cómo entre 1996 y 2023 existe un subsistema de extinción de dominio creado por la justicia constitucional, y la segunda, sobre la errónea concepción de la Sala Constitucional del TSJ sobre el instituto.*

Palabras Clave: *Extinción de Dominio, Justicia Constitucional, Derecho patrimonial, Falacias de atinencia.*

Abstract: *Asset forfeiture is an original institute of liberal constitutionalism, both in its aspect of civil forfeiture (Anglo-American law - non conviction based - unexplained wealth orders) and the asset forfeiture itself coined for the first time in the agrarian legislation of Colombia (1936). After its success in the civil combat against organized crime in the Colombian nation, it spread to the continent with characteristics that make it an original invention of Latin American law along with constitutional protection. Since its concretion in the Constitution of Colombia of 1991, “la extinción de dominio” was gradually extended, managing to concretize a Model Law created by the United Nations Office on Drugs and Crime (ONUDC) in*

2011. Since then, constitutional justice It has ruled on the institute, shaping it, limiting it, establishing coordination with the rest of the patrimonial system, and above all, emphasizing the constitutional values inherent to property rights, rather than the study of the latter's attributes. In Venezuela, with the introduction of asset forfeiture, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, in a ruling dated April 28, 2023, addressed the organic nature of the asset forfeiture law under a dangerous fallacy, the *ignoratio elenchi* (inappropriate conclusion due to ignorance of the matter), blurring and positioning itself contrary to the main lines that constitutional justice in Latin America has built on extinction of domain. This article addresses these two realities, the first, how between 1996 and 2023 there is a domain forfeiture subsystem created by constitutional justice, and the second, about the erroneous conception of the Constitutional Chamber of the TSJ about the institute.

Key words: Asset forfeiture, Constitutional Justice, Patrimonial law, Relevance fallacies.

I. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. UNA INSTITUCIÓN RESPETABLE DE LATINOAMÉRICA PARA LATINOAMÉRICA.

Comienzo estas reflexiones partiendo del grave problema que encierra, en nuestro mundo moderno, a muchas mentalidades, cuando aparece un concepto o instituto que no se incardina en nuestras tradiciones o esquemas epistemológicos. Hacemos referencia a la tentación reduccionista en el pensar, atinadamente expuesta por el centenario Édgar Morín¹, que aniquila las iniciativas, sofoca la heurística y empobrece la praxis. Esta versión, consecuencia de una modernidad militante que niega aceptar otras versiones modernas, más allá de cualquier afiliación ideológica, sofoca la tranquilidad de quien excogita ante nuevos datos sobre los cuales aparecen en el escenario. Como quiera, debo recordar que nos formamos en la filosofía del Derecho y la ética, en estudios que en nuestro país son poco comunes para no decir inexistentes. Siempre hemos apostado por evitar la innovación de las modas, que es ajena a la dogmática jurídica. Más, sin embargo, creemos firmemente que la salvaguarda del Derecho, sin estancarse en épocas superadas, descansa siempre en apostar por la heterodoxia en los enfoques temáticos. De esta forma se preserva la tradición y se abre espacios para la renovación sin trastocar el sistema.

Entre los nuevos conceptos en el horizonte jurídico venezolano, tenemos la introducción de la consolidada -y ya tradicional- institución de la *extinción de dominio*, quizá junto al amparo constitucional, creaciones originarias del Derecho latinoamericano previo a la construcción del sistema de derechos fundamentales en 1945.

No voy a explicar en esta oportunidad sobre los orígenes de la extinción de dominio. Para ello remito a nuestros trabajos publicados donde se da cuenta², con suficiente documen-

¹ Véase Morin, Edgar. "Fabrication des villes de demain: méthode d'approches d'un territoire dans sa complexité urbain", Asociación Rêves de Scène Urbaines, Cátedra ETI-Université Paris I (Panthéon-Sorbone). IAE, París, Maison de Sciences de l'Homme du nord. Palabras pronunciadas el 14 de septiembre de 2018.

² Al respecto, véase los trabajos publicados conjuntamente con el abogado Rafael Simón Jiménez Tapia. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Colección Biblioteca "Allan R. Brewer-Carías" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, 2020, 260 pp. Esta edición fue reimpresa a principios de abril del año 2023, dado que su tiraje original se había agotado en febrero de 2021. Nosotros nos incorporamos a la Co-

tación histórica, sobre el inicio del instituto, que, paradójicamente, tiene raíces en esencia del Derecho liberal y no en el estado social como el reduccionismo ha querido presentarlo erróneamente, todo porque fue introducido por el gobierno del socialismo del siglo XXI. Incluso, cuando no estaba bajo el haz público el concepto que en su momento fue incluido -muy a medias- por la Asamblea Nacional electa en 2015, en el proyecto de Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción (en adelante LERAPC)³, nos atrevimos a presentarlo en Venezuela como parte de un sistema más que como panacea.

Por ello, más allá de cualquier consideración, debo cumplir con mi responsabilidad histórica ante el Derecho venezolano, pues, siempre reafirmaremos que el problema no es la extinción de dominio, es el contexto cómo vaya a aplicarse, sobresaliendo, la falta de un Poder Judicial debidamente formado en esta materia y con la capacidad de trabajar de forma independiente al resto de los órganos del Poder Público. De allí nuestros testimonios audiovisuales y posturas que hemos impartido en el programa doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, con los fundamentos y mecánicas sobre la extinción de dominio, cuando no, en seminarios virtuales⁴ sobre la materia desde el año 2020.

munidad Internacional de Conocimiento en recuperación de activos, patrocinado por el Basel Institute on Governance (CCERA-ICAR - Basilea-Suiza), a mediados del año 2021, entre quienes lo conforman, casi en su totalidad, los expertos que redactaron la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de 2011. Esto nos obligó a la ampliación del tratado sobre extinción de dominio que habíamos publicado en Caracas en diciembre de 2020. En noviembre de 2021, gracias a las gestiones del profesor Allan Brewer-Carías y al editor Francisco Olejnik, aparece publicado en Buenos Aires la edición iberoamericana de *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021, 217 pp. Este último título, con la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio, se adaptó para la comunidad jurídica iberoamericana con menos alusiones al Derecho venezolano que sí profundiza en la edición publicada por Editorial Jurídica Venezolana en 2020.

³ Este proyecto de ley fue aprobado por la Asamblea Nacional en primera discusión en 2017, y aprobado, por la plenaria, para segunda discusión el 4 diciembre de 2018 como atestiguan las notas de prensa de la época. Es más, la sesión quedó grabada y puede reproducirse en: <https://www.youtube.com/watch?v=IrpSILLcj3Y>. Quien presentó la ley fue la Comisión Permanente de Contraloría, en manos del entonces Presidente de esa Comisión, el Diputado Freddy Superlano. Contemplaba en su Capítulo III del Título III con el mote “De Acción de Extinción de Dominio” (Arts. 56-60), regulaciones que en buena medida no se correspondían con el desarrollo dogmático del instituto en el continente. Este tipo de distorsiones son las que desdibujan la ED haciéndola muchas veces inócua e inerte ante el flagelo de la corrupción. Para revisar los pormenores del asunto con la LERAPC, véase Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 218-232.

⁴ En específico dictamos tres seminarios virtuales co-organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, la Fundación Universitas, Transparencia Venezuela, la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y la Cátedra Domínguez Guillén de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Así, dejamos los enlaces: Primero: 20 de enero de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=SDNXIRN9MH4> con participación del profesor Gilmar Santander Abril, co-redactor de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, y asesor internacional para el programa de asesoramiento en extinción de dominio para América Latina. Segundo: 05 de febrero de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=h2tmgOfqb7E&t=497s> co-organizado por Transparencia Venezuela y ponencia con la profesora Mercedes de Freitas. Tercero: 10 de abril de 2023: <https://www.youtube.com/watch?v=w7cUQfeF9zQ&t=959s>

Ahora bien, sí debemos confesar que la introducción de un proyecto de ley en Venezuela nos tomó por sorpresa, pues, a pesar de nuestros esfuerzos por concretar la extinción de dominio en la república, con sus pautas previas para evitar una mixtificación del instituto⁵; el 31 de marzo de 2023 fue presentado -y aprobado en primera discusión- ante el Hemiciclo de la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley Orgánica sobre Extinción de Dominio (en adelante LOED).

La comunidad jurídica venezolana apenas se enteró de este proyecto doce horas antes a través de las cuentas en redes sociales de la Secretaría de la Asamblea Nacional, cuando, se procedió a publicar el orden del día para la sesión calificada de “especial”. Fuera de esta notoriedad comunicacional, así como de la sesión televisada, no se conocía por ninguna fuente sobre la existencia de este proyecto.

1. *¿Cuál es el fundamento global para extender la Extinción de Dominio en América Latina y su recepción por la Justicia Constitucional a nivel del sub-continente?*

Debemos expresar, antes que cualquier otra valoración metajurídica, el valor constitucional de la institución de la extinción de dominio (en adelante ED) para América Latina y sus más que comprobados resultados en eficiencia y eficacia para la recuperación de activos producto de la corrupción. La extinción de dominio, junto al amparo constitucional, son creaciones netamente latinoamericanas sin cuestionamiento alguno, como expliqué en líneas anteriores.

La expansión de la primera por el continente ha ido más allá de los moldes originarios del Derecho constitucional colombiano, e inclusive, de las más inimaginables proyecciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante ONUDC) cuando concretó en 2011 la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (en adelante LMEDO).

Toda nuestra experiencia en ED nos autoriza para la preparación de este trabajo, no para atacar los cimientos o endilgarle calificativos -ideológicos o pragmáticos- que no se corresponden con la seriedad de la ED según el Derecho comparado. Queremos enriquecer a la ED para que su aplicación en Venezuela, de ser así, sea de las más limpias ejecutorias y frene cuanto antes la terrible “lacra” que se ha convertido la corrupción. Según estimaciones del Banco Mundial, genera el equivalente al 5% del PIB global, es decir, unos 3,5 billones de dólares⁶. Una cifra, que además de escandalosa, es la muestra gráfica de la gravedad del fenómeno corrupto.

Preliminarmente debo indicar que la extinción de dominio no es un instituto creado como sólo un recurso de la política criminal trazada por Naciones Unidas en la coordinación del

⁵ En específico, véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Colección Biblioteca “Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, 2020, pp. 209-240. Específicamente el Capítulo Quinto, intitulado en su oportunidad como “El Comiso Autónomo y la Extinción de Dominio. Pautas para su futura recepción en Venezuela”. Hemos sido muy cuidadosos, tanto académica como procesalmente, pues, sabemos de antemano que no será una tarea fácil implementar la extinción de dominio en un país donde sus tradiciones jurídicas no son abiertas a las nuevas ramas del Derecho o a los conceptos jurídicos que puedan alterar el estatus quo presentes, e intensificados, desde la puesta en vigencia de la Constitución de 1999.

⁶ Véase Fernández Díaz, Andrés. “Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción”. En: *Revista española de control externo*, Vol. 12, N° 36, 2010, Madrid, Tribunal de Cuentas del Reino de España, pp. 150-151.

combate contra la corrupción. Si bien es cierto el término es de vieja data en el continente suramericano, su concreción requirió una evolución internacional en la concepción sobre lo que significa la corrupción y su forma más eficiente de enfrentarla.

En específico las Naciones Unidas comprendió que el enfoque puramente sociológico -vinculado a lo penal- con el cual se abordaba la corrupción resultó además de insuficiente, impreciso. Al corroborarse que el fenómeno corrupto no es sólo atinente a las “naciones del tercer mundo”, sino que, la presencia más activa ocurría en el interior de las grandes corporaciones empresariales transnacionales; se rehízo completamente el fundamento teórico de estudio.

De la visión sociológica, imperante durante casi todo el siglo XX, ocurrió un salto cualitativo al comprender que el problema corrupto es una consecuencia de la “deficiencia organizacional”, es decir, que aparecerá el fenómeno siempre y cuando ocurran algunos condicionantes sea en la prístina Suecia o en las naciones africanas de permanente conflicto. Esto conllevó a comprender a la corrupción en tres aspectos teóricos que confluyen para concretar nuevos instrumentos “no punibles” para enfrentar a la corrupción.

La primera arista fue la concepción de la *teoría del agente*, en la famosa ecuación de Klitgaard⁷, en la cual, se definía a la corrupción como el resultado (C) de la suma del Monopolio decisional del funcionario (M) más discrecionalidad administrativa (D) menos rendición de cuentas (A). La fórmula se precisa así:

$$C = (M + D) - T$$

El segundo componente que viene a complementar la ecuación citada *ut supra*, es la teoría de la conducta racional y los costos delictuales⁸, que explicaremos con más detalles cuando abordemos el concepto de Acuerdo Corrupto. La extinción de dominio es un instrumento para encarecer los costos delictuales, afectando directamente al patrimonio del “titular aparente” y de quienes que cooperan con él. Como ha señalado el Premio Nobel de Economía, Gary Becker -citado por Tablante y Morales-, en materia como la corrupción, los agentes corruptos:

“(…) analizan la relación entre costos por la práctica de la corrupción, los beneficios financieros, así como la probabilidad de eventual prisión y devolución de las ganancias ilícitas (...)”⁹.

La actividad delictual organizada, y más propiamente la corrupción, como su palabra lo dice, *no es propia de personas irracionales*¹⁰. Al contrario. Su presencia e intensidad

⁷ Para más detalles, véase Jiménez Sánchez, Fernando. *El olvido de los determinantes socio-políticos de la corrupción y el fracaso de las reformas anticorrupción*, Salamanca, Programa del master en línea de Políticas Anticorrupción, Tirant lo Blanch formación-Universidad de Salamanca, 2019, pp. 3-4. En relación al papel de la transparencia, véase Hood, Chr., “Accountability and Transparency: siamese twins, matching parts or awkward couple”, *West European Politics*, N° 33, 2010, pp. 989-1009. En nuestro libro *El comiso autónomo y la extinción de dominio*, Caracas EJV-UCAB, 2020, pp. 130-138.

⁸ Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. cit.*, pp. 133-134.

⁹ Tablante, Carlos. y Morales, M. *Impacto de la corrupción de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018, pp. 113-114. Además, vale la pena señalar que los autores en referencia resaltan el resultado de varias entrevistas realizadas en Sao Paulo (Brasil), hacia convictos por delitos de asalto a bancos, quienes manifestaron “sentir pánico por quedarse pobres y sin el botín a ser arrestados en la frustración del robo”.

¹⁰ Rodríguez López, Fernando. *Análisis económico de la corrupción*, 2019, pp. 1-2.

dependerá de la capacidad racional para tomar decisiones en base a la ecuación utilitaria de ganancias y costes, pues, más que “niveles de corrupción”, lo que existe es corrupción organizada o caótica. Por ello, más allá de la implementación de formas severas en las penas, lo fundamental para un sistema sancionador eficaz será aquel que incremente los costes de la sanción, hasta el punto de superar las utilidades esperadas por la conducta ilícita¹¹.

El tercer punto de apoyo en el trípode explicitado es el *Acuerdo Corrupto*, citando terminología de Boehm y Graff¹². Estos definen a los mismos como:

“(…) es un contrato a la sombra de la ley, secretos, de acceso limitados y profesionales (…)”

Esto denota varios componentes calificados, que a pesar de ser ilegales, perfectamente pueden enmarcarse dentro de la *teoría neoclásica del negocio jurídico*, que son sujetos, objeto y causa, entendida ésta última como *la función económica-social del contrato, donde su utilidad estribaría sobre todo en explicar la sancionabilidad jurídica de las promesas y de esta manera, permitir la tipificación de los contratos*¹³.

Como negociación -que se potencia riesgosamente al estar al margen de la ley y no contar con mecanismos para su exigibilidad judicial- requiere de las más refinadas formas racionales conocidas, pues, como bien lo indica March Poquet, pueden ser explicadas bajo la *teoría de la elección racional (TER)*¹⁴. Según esta tesis, todo sujeto dentro de una negociación corrupta busca maximizar su poder y minimizar su sufrimiento, lo que incluye, oportunidades, costos y beneficios como en cualquier contrato legal que se suscriba. La única diferencia estriba en que, si se evidencia el contrato ante el sistema jurídico-constitucional, conllevaría necesariamente a sanciones de múltiples formas y dimensiones.

Como nadie busca ser sancionado, es decir, que, en toda elección racional, *ninguna persona en sus cabales persigue que lo penalicen*, entonces, se perfeccionan instrumentos y

¹¹ Debemos resaltar lo que apunta Santander Abril, Gilmar. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Washington DC, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) – Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2017, p. 430 sobre el gran terror que le causa a los delincuentes económicos “perder las utilidades provenientes del delito” más que la privación de libertad. En efecto: “(…) Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos, pues ante los altos niveles de impunidad patrimonial que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legisladores no se prevé un procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “si vale la pena” (…)”.

¹² Boehm, Frédéric. y Graf Lambsdorff, Johann. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009, pp. 47-50.

¹³ Sobre esta noción del neocausalismo, véase la edición de Capitant, H. 2005, *De la causa de las obligaciones*, Analecta, Madrid. Ghestin, J. 1980, *Traité de Droit Civil. Les Obligations-Le Contrat*, L.G.D.J, París, Vol. II, n° 643, p. 532 y ss. En el mismo sentido, véase Giorgianni, M. 1965, “Obligazione (Diritto Privato)”, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, Vol. XI, pág. 561. Marty, G. y Raynaud, P. 1962, *Droit Civil*, Sirey, París, N° 176 y ss., p. 160.

¹⁴ March Poquet, Josep. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 91, 2017, p. 273.

procedimientos para obtener la mayor cantidad de ganancias posibles, inclusive, más allá de lo razonable porque subyace en el imaginario criminal que es muy plausible la frustración del delito, y por tanto, no se materialice el “próximo golpe”. Esto ha sido práctica en casi todo el planeta, hasta el punto que, la propia Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC 2003) reconoce su combate en todas las perspectivas posibles¹⁵, más allá de la esfera punitiva y de la clásica constitucional.

March Poquet resume entonces la TER en la siguiente ecuación¹⁶:

$$\text{Beneficio (E)} = \text{Ingreso} - \text{Costes} - f(\text{Severidad sanción}, P(\text{Pagar sanción}))$$

$$P(\text{Pagar sanción}) = P \left[\begin{array}{l} \text{Detección} \\ \text{Detención} \\ \text{Procesamiento} \\ \text{Condena} \\ \text{Cumplir condena} \end{array} \right]$$

De esta manera más que explicar los detalles de la teoría de la elección racional o la del negocio jurídico, nos interesa abordar los llamados *costes en la ecuación*, pues, son la premisa por la cual UNCAC 2003 contempla la figura del *comiso* autónomo, y en la Ley Modelo de extinción de dominio, las peculiaridades de esta figura latinoamericana. Los costes “(...) *corresponden a los gastos necesarios para realizar (y reproducir si es posible) los actos corruptos; principalmente son gastos de ocultación (empresas tapadera, testaferros, gastos de lavado de dinero sucio...) y gastos de protección (gabinetes de abogados, sobornos a policías y jueces, etc.)* (...)”¹⁷.

Nos interesa la estrategia de *encarecer los costes delictuales*, que como indicamos, es la asimilada a nuestro juicio por UNCAC 2003, donde, la figura del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* debería asumir un papel protagónico para incrementar los mismos hasta el punto de hacer la actividad criminal organizada de excesiva onerosidad, y por tanto, ser desechada como actividad racional para obtener beneficios. Como indica March Poquet, los costes en este sentido deben entenderse como “costes de ocultación”, es decir, gastos para ocultar y proteger el acuerdo corrupto. En estos sobresale, colocando de ejemplo, los gastos para mantener la fidelidad de un testaferro, la ingeniería financiera-contable para creación de empresas fantasmas, los honorarios profesionales de abogados con el objetivo de ocultar bienes, etc¹⁸.

Sin embargo, debemos partir que el *comiso* autónomo o sin condena, así como la extinción de dominio, es un instrumento de encarecimiento de costes; más, ésta es una herramienta para obtener la definitiva recuperación de los activos producto de esa corrupción que sería la consecuencia plausible de todo decomiso.

¹⁵ Vale la pena citar lo que establece uno de los párrafos del preámbulo de la UNCAC: “(...) Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una porción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados (...)”.

¹⁶ March Poquet, Josep. 2017, *Ob. cit.*, p. 273.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ March Poquet, Josep. 2017, *Ob. cit.*, p. 278.

Como explica Guillermo Jorge, estas acciones, además de encarecer costes, tienen una finalidad de evitar “(...) *que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales (...)*”¹⁹.

De esta manera, el *comiso* autónomo o sea la *extinción de dominio* son formas incontestables de incrementar los costos de cualquier empresa criminal de naturaleza económica, y más propiamente de la corrupción, pues, no sólo los sujetos que participan directamente pueden ser objeto de la acción, sino también terceros que no tienen ningún vínculo.

Esta concepción soportada en los tres ejes explicados por los cuales se fundamenta en teoría las formas “no penales” para combatir la corrupción, increíblemente en América Latina ha estado construida, inclusive antes de las aprobaciones de leyes sobre extinción de dominio, por la Justicia Constitucional. Es esta razón la que nos ha llevado, así como, la sentencia número 315 dictada el pasado 28 de abril de 2023 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación al carácter “orgánico” de la Ley de Extinción de Dominio venezolana, para cotejar cómo la Justicia Constitucional venezolana no se ha enfocado con las grandes líneas de sus pares latinoamericanas en relación a la ED.

Para este trabajo, por cierto, siguiendo las pautas que habíamos concretado en otra obra de reciente publicación²⁰; quiero rescatar el consejo del profesor Allan Brewer-Carías, sobre el valor de la jurisprudencia como una “auténtica mina”²¹. Y hemos seguido fielmente esta buena guía, que, en nuestro caso, es la recopilación y sistematización de toda la jurisprudencia constitucional que ha modelado en el subcontinente la extinción de dominio.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA. MÁS ALLÁ DE LA EXPERIENCIA DE COLOMBIA

Como apuntamos en el epígrafe anterior, la ED lleva décadas de consolidación en diferentes ordenamientos jurídicos. Ante las disputas que natural y racionalmente se suscitan en los países donde se introduce el instituto, quien termina de dilucidar y armonizar la ED con el sistema jurídico-constitucional es precisamente la Justicia Constitucional a través de su máximo intérprete como veremos en este punto.

Es innegable que existen opiniones disonantes sobre la extinción de dominio, como en efecto, ocurre en aquellos Estados donde por primera vez se introduce. Ya ocurrió en Centroamérica, en República Dominicana, en Bolivia donde hasta recurso de nulidad por incons-

¹⁹ Jorge, Guillermo. *La recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2008, p. 90.

²⁰ Véase Urbina Mendoza, Emilio J. *Jurisprudencia y Derecho. Métodos y Cliometría. Análisis e Investigación en Derecho III*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-AVIPRI, Colección Estudios Jurídicos N° 152, 2023.

²¹ Véase Brewer-Carías, Allan R. “Nota sobre la historia de las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, 1964”, en: Hernández, José Ignacio (Coord.). *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 10 “(...) y allí me dediqué de lleno al estudio de la jurisprudencia constitucional y administrativa venezolana, habiéndome encontrado una auténtica “mina” de material académico, riquísima por cierto, pero ignorada o abandonada, que comencé a estudiar con toda calma y detalle, con la formidable técnica de investigación de jurisprudencia que aprendí en el Instituto (...)”.

titucionalidad fue declarado en contra del proyecto presentado por el propio Ejecutivo Nacional afiliados a la misma tendencia ideológica como explicaremos más adelante, ordenándose su revisión integral para adaptarlo al esquema justicialista que debe imperar en toda extinción de dominio.

En Venezuela no ha ocurrido la excepción, aunque, si llama poderosamente la atención que estas discordias están circunscritas a opiniones -alguna de ellas de calificados juristas y organizaciones que merece analizarse²²- que no han amalgamado una masa crítica como de suyo ocurre en este momento en Panamá o la ácida batalla contra la ED en Costa Rica²³. Más bien ha existido una cautela en cuanto a la emisión de opiniones. Sin embargo, es buen augurio para un país que recibe por primera vez la ED, cuando se suscitan controversias, siendo los primeros en oponerse el *establishment* jurídico tradicional. Y no es para menos. La carga de nuevos componentes, aunado a la necesaria formación dentro de la categoría del Derecho patrimonial, implica romper esquemas y conceptos tradicionales sobre los que se ha instalado la quietud de la denominada “jurisprudencia de intereses”.

1. *Modificaciones por la justicia constitucional latinoamericana de la Ley Modelo y el paradigma constitucional colombiano*

Es obvio que la Justicia Constitucional Colombiana, en específico, su Corte Constitucional ha moldeado a lo largo de 30 años la extinción de dominio en la nación neogranadina.

²² Véase Duque Corredor, Román J. “Comentarios preliminares sobre el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, en: <http://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2023/04/comentarios-preliminares-sobre-el.html?m=1> [Consulta: 2 de abril de 2023] También, véase “Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela”, en: Observatorio Venezolano de la Justicia: Acceso a la Justicia: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/> [Consulta: 18 de abril de 2023]

²³ La polémica suscitada en Costa Rica con la incorporación de la Ley 19.571 contentiva de la *Ley Especial Extinción de Dominio*, de fecha 10 de diciembre de 2015. Según el criterio de la Defensa Pública de Costa Rica, fue una iniciativa con una “(...) nefasta señal más de la expansión del poder represivo del Estado (...)”. Sobre la polémica véase Díaz, Natalia “Extinción de dominio: una facultad abusiva”, *Diario La República*, San José de Costa Rica, edición de fecha 10 de enero de 2019, en: <https://www.larepublica.net/noticia/extincion-de-dominio-una-facultad-abusiva> [Consulta: 10 de agosto de 2020]. Expresa la columnista lo siguiente: “(...) Pocas veces se ha visto, con tan buenos ojos, la violación del Estado de Derecho, como el apoyo que ha recibido el proyecto de ley 19.571 “Ley Especial de Extinción de Dominio; el cual, a primeras luces, pareciera un mecanismo legítimo para perseguir los bienes de origen o destino ilícito, a través de una vía judicial. Sin embargo, según criterio de la Defensa Pública de noviembre del año pasado, esta iniciativa es “...una señal más de la expansión del poder represivo del Estado...” Menciona en su respuesta que “...ante la idea de luchar contra el crimen organizado se obliga a los Estados a tomar medidas que adelantan y amplían esas intromisiones, antes reservadas a la previa demostración de la existencia de un delito y del correlativo comiso limitado al uso o procedencia de los bienes de dicha actividad, certeramente demostrada.”

En otras palabras, el proyecto permite que a una persona se le puedan decomisar sus bienes, aún cuando haya sido absuelta, por otro tribunal, por el delito que se le señala. Esto bajo el argumento de que sus bienes fueron obtenidos de forma ilícita, sin pruebas que lo confirmen. La iniciativa parte de la presunción de culpabilidad del sospechoso, algo totalmente contrario a nuestro sistema jurídico. Esto ha sido advertido también por gran cantidad de reconocidos juristas como Fabián Volio, Francisco Castillo González, Patricia Vargas González, Alfredo Chirino Sánchez, Erick Gatgens Gómez, Javier Llobet Rodríguez, José Manuel Arroyo Gutiérrez y Álvaro Burgos Mata (...).”

Por eso partimos por diferenciar a Colombia del resto de naciones, que más allá de haber sido quien introduce en su legislación (agraria) la extinción de dominio (1936), fue la primera que lo elevó a rango constitucional en 1991²⁴. Este ejemplo lo seguiría México en 2017, al reformar la Constitución e incorporar la materia (Art. 22).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en extinción de dominio debe estar por el orden del millar de fallos, muchos de ellos, piezas de análisis y ejemplo sobre cómo una correcta Justicia constitucional adopta y moldea una institución donde están en juego no sólo el derecho de propiedad, sino también, el sistema de protección patrimonial, columna vertebral del desarrollo socioeconómico de una nación.

En primer lugar, sería la Corte Constitucional de Colombia quien establecerá unos parámetros provisionales, sobre todo de carácter procesal, entre 1991 y 1996, antes de la aprobación de la primera ley sobre extinción de dominio (Ley 333 de 1996)²⁵. Influirá la Corte en la aplicación y recta interpretación de este instrumento legal, así como, de la reforma con la polémica Ley 793 de 2002²⁶ y sus reformas, hasta allanar el camino del actual Código de Extinción de Dominio de 2014²⁷, reformado en 2017²⁸.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional establecerá las pautas y zanjará los puntos polémicos relativos a las tensiones con el derecho de propiedad y su diferenciación en cuanto al origen y atributos; valores y componentes. De igual forma, determinó la justicia constitucional, los fundamentos sobre la separación de la dimensión sustantiva de la adjetiva de la ED. Veamos algunas decisiones.

En relación con el concepto de *actio in rem*, médula de la esfera procesal de la ED, tenemos:

“(…) es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien, se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad (...)”²⁹

²⁴ Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

²⁵ Ley 333 de 1996, de diecinueve de diciembre, mediante el cual se establece las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita. La Corte Constitucional sirvió para armonizar reglas que parecían enfrentarse, en específico, las provisionales contempladas en el Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700) y las de la propia Ley 333.

²⁶ Sobre esta ley existe la más paradigmática decisión de la Justicia Constitucional Colombiana en extinción de dominio, y es la sentencia C-740 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo vs. Ley 793 de 2002*).

²⁷ Ley 1708 de 2014 mediante el cual se crea el Código de Extinción de Dominio.

²⁸ Ley 1849 de 17 de julio de 2017, mediante el cual se reforma el Código de Extinción de Dominio.

²⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm> [Consulta: 17 de agosto de 2020].

Esta sentencia también decidirá aspectos sobre las razones por las cuales se separa la noción de “ilicitud” de “punibilidad”, hasta el punto de fundamentar que:

“(…) el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social (...)”³⁰ (subrayado nuestro).

Y prosigue la Corte en dicho fallo C-740, sobre el tratamiento de la retroactividad de la acción:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (subrayado nuestro)

Son cientos de fallos que por el contexto de este trabajo no vamos a ventilar sobre la jurisprudencia colombiana, sino, será en otro libro que estamos preparando sobre las grandes decisiones de la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio.

La expansión de la ED en el continente proviene de la adopción paulatina, desde 2011, de los preceptos y guías de Ley Modelo de Extinción de Dominio (LMEDO) aprobada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe. Este texto ha sido estudiado a lo largo de una década, así como, ha sufrido modificaciones por la propia jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales más allá de la colombiana.

Por ejemplo, comenzamos con el problema de la denominada “imprescriptibilidad de la acción”, que salvo la Corte Constitucional del Ecuador (como explicaremos), ha sido moldeada de la siguiente manera:

“(…) en cuanto a la prescripción, - adquisición de derechos o liberación de obligaciones en aplicación de esa institución jurídica por el transcurso del tiempo-, no resulta aplicable al derecho de propiedad, cuando esta ha sido adquirida por medio de actos ilícitos, puesto que ello implicaría avalar un proceder contrario a derecho y la consolidación de actividades reprochables que vulneran constantemente y de forma permanente la seguridad jurídica, en ese sentido, no es susceptible de sanearse aquel vicio, por lo que debe ser perseguido. El legislador estableció la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio en uso de sus facultades constitucionalmente reguladas, actuando ante una realidad social que le imponía la necesidad de transformaciones sustanciales, pero respetando las garantías y postulados de la Ley Fundamental, cumpliendo con el principio de legalidad y protegiendo el derecho de propiedad lícitamente obtenida, no producto de actos antijurídicos. En otras palabras, la adquisición

³⁰ *Ibidem*.

ilícita de los bienes por medio de actos delictivos no prescribe, ya que, al nunca nacer a la vida jurídica, el derecho de propiedad no existe, por ser nulo desde su origen, lo que implica que no tenga protección estatal y pueda ser perseguido en cualquier tiempo, sin que ello implique un obrar ilegítimo hacia el pasado de manera retroactiva (...)”³¹ (subrayado nuestro).

Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, se ha pronunciado, más que todo para los casos de la transmisión de la propiedad “ilícita” a los sucesores y su nulidad:

“(…) El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito, importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho. (...)”³² (subrayado nuestro).

También existen visiones diametralmente opuestas a estas doctrinas jurisprudenciales constitucionales sobre ED, inclusive, en la misma materia abordada. Hacemos referencia a los polémicos fallos donde se declara “inconstitucional” la declaratoria de “imprescriptibilidad de la acción”, en los casos de Ecuador y México³³ en 2021.

³¹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, en su sentencia de fecha 6 de mayo de 2014 (caso: *acción de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala Vs. Decreto N° 55-2010 de la Ley de Extinción de Dominio, exp. 1739-2012*)

³² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, de fecha 14/11/2013.

³³ Vale la pena destacar que, en 2019, México aprobó su *Ley Nacional de Extinción de Dominio*. Esta apareció publicada en Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 09 de agosto de 2019 (edición vespertina). Consta de 251 artículos y además, se reformaron parcialmente el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector público, la Ley de Concursos mercantiles y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Estas modificaciones son para armonizar tanto los conceptos como procedimientos propios de la acción de extinción de dominio. El día 09 de septiembre de 2019, la COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MÉXICO, demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 1, fracción V, incisos f), g), h), i) y j) en sus párrafos segundos, 2 fracción XIV, en la porción normativa “o bien, el uso o destino lícito de los Bienes”, 5, párrafo segundo, en la porción normativa “La información obtenida por el Ministerio Público para la preparación de la acción de extinción de dominio, será estrictamente reservada hasta que la misma sea presentada ante la autoridad judicial”, 7, fracciones II, IV y V, 9, numerales 2, en la porción normativa “o destinación”, y 4, 11, párrafo primero, 15, 16, fracción II, 173, párrafo segundo, en la porción normativa “En caso de urgencia u otra necesidad debidamente fundamentada, el Ministerio Público podrá adoptar tales medidas, debiendo someterlas a control judicial posterior tan pronto sea posible”, 177, último párrafo, 190, párrafo quinto, en la porción normativa “En los casos en los cuales no se pueda recabar la autorización respectiva, por razón de la hora, del día, de la distancia o del peligro en la demora, se deberá informar y justificar dentro de los cinco días siguientes, ante el órgano jurisdiccional”, 228, inciso a), y Sexto transitorio, todos de la Ley. El 21 de junio de 2021, la Suprema Corte de la Nación Mexicana, declaró inconstitucional parcialmente la demanda presentada por esta comisión (expediente 100/2019).

La situación de la sentencia en Ecuador, además de discutible, generó polémica entre los especialistas en ED de toda la región. Nosotros analizamos los puntos polémicos del fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, mediante un dictamen de fecha 17 de marzo de 2021 (Nº 1-21-OP/21), con ponencia de la magistrada Daniela Salazar Marín, se estableció una forma anómala de interpretar la imprescriptibilidad de la acción. En ese momento, la hoy vigente Ley Orgánica de Extinción de Dominio del Ecuador era un proyecto que se sometía a controles previos de constitucionalidad. Al respecto, se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la acción declarándola “inconstitucional”, en razonamiento extenso que pasamos a transcribir *in toto*:

“(…) 47. En línea con lo expresado en los párrafos precedentes, la Corte considera que la razón provista por el presidente de la República para objetar el carácter imprescriptible de la acción no es suficiente para viciar de inconstitucionalidad a estas normas. Esto es así puesto que, si bien los artículos 46, 80, 233, 290 y 396 de la Constitución establecen supuestos de imprescriptibilidad de acciones reconocidos constitucionalmente, ello no implica que exista una prohibición absoluta de establecer otros supuestos de imprescriptibilidad, siempre que se lo haga en respeto del principio de reserva de ley y que el legislador determine si existe una obligación derivada de otra fuente supra legal u otras razones que justifiquen su inclusión a la luz de la Constitución.

48. Respecto a lo primero, la Asamblea ha manifestado que el Proyecto de Ley responde al cumplimiento de obligaciones internacionales del Ecuador como suscriptor de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Todos estos instrumentos contienen disposiciones relativas a la obligación del Estado de fijar plazos de prescripción prolongados para el juzgamiento de los delitos comprendidos en cada una de estas convenciones. Sin embargo, la obligación internacional se limita a las acciones para perseguir los delitos contenidos en dichos instrumentos y se refiere a la necesidad de establecer plazos prolongados, mas no a establecer la imprescriptibilidad. En consecuencia, la Corte no identifica que exista una obligación internacional de dotar de imprescriptibilidad a la acción de extinción de dominio.

49. Resta entonces por analizar si existen razones derivadas de principios o valores constitucionales que justifiquen la inclusión de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio y que provean un beneficio que sea proporcional a la afectación generada al derecho a la seguridad jurídica.

50. Para ello, conviene primero analizar las razones provistas por la Asamblea para defender la constitucionalidad de la inclusión de esta figura al Proyecto de Ley. Al respecto, la Asamblea manifiesta que la imprescriptibilidad se estableció como una consecuencia del principio de nulidad de origen, bajo la consideración de que el paso del tiempo no hace lícito el origen de los recursos ilícitos con los que se adquirió un bien, y de que en el caso contrario se estaría legalizando el lavado de activos por el paso del tiempo. A partir de lo anterior, la Asamblea sostiene que el Estado, en ejercicio de su soberanía, tiene la atribución de declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier tiempo.

51. La Corte observa que, en el razonamiento de la Asamblea, se encuentra implícita la idea de que la prescripción cumple una función de “saneamiento” de vicios. A juicio de esta Corte la razón ofrecida por la Asamblea parte de una confusión conceptual respecto a la naturaleza y objeto de la institución de la prescripción. La prescripción no tiene como objeto validar actuaciones anteriores o sanear algún vicio del bien, sino proveer un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el que la acción por vicios redhibitorios de bienes muebles prescriba en 6 meses, no implica que transcurrido ese tiempo se haya saneado el vicio del bien, sino únicamente que ya no se puede intentar la acción para reclamar en vía judicial.

52. Lo anterior resulta aun más claro si se considera la prescripción de las acciones y penas de los delitos. Si se asume como cierta la tesis planteada por la Asamblea, esta también implicaría que, una vez cumplido el plazo de prescripción de la acción o de la pena de un delito, el efecto sería que esta conducta deje de ser ilícita por el paso del tiempo y pase a ser aceptada por el ordenamiento jurídico, cuando este no es el caso.

53. A la luz de lo anterior, la Corte considera que las razones provistas por la Asamblea no justifican la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio. Por lo demás, el argumento del legislativo relativo a la soberanía del Estado es insuficiente para declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier momento, pues implicaría desconocer los límites impuestos a la conducta del Estado por el derecho constitucional a la propiedad.

54. Como se señaló en este Dictamen, la lucha contra la corrupción puede justificar la creación de nuevos mecanismos que respondan a la complejidad de este y otros fenómenos delictivos y, ello puede llegar a encontrar justificación en la función social del derecho a la propiedad. Sin embargo, la Corte considera que la imprescriptibilidad de una acción susceptible de afectar a todo bien que el Estado considere obtenido mediante un acto contrario al ordenamiento jurídico, impone una carga excesiva y desproporcionada a todas las personas, en la medida en que implicaría que las justificaciones respecto a la licitud de todo bien y de los fondos utilizados para adquirirlo deban ser preservadas por todas las personas a perpetuidad e incluso por sus herederos, a riesgo de que, en un tiempo futuro, infinito e indeterminado, el Estado les imponga la obligación de demostrar la licitud del bien so pena de ver extinguido su derecho de dominio sobre el mismo.

55. Esta situación se agrava aun más si consideramos que la extinción de dominio, al referirse a bienes con independencia de quién sea su propietario, tiene la potencialidad de afectar a terceros que hayan adquirido bienes de buena fe, los cuales igualmente pasarían a estar obligados a preservar a perpetuidad las pruebas respecto a la adquisición de todo bien y frente a quienes el Proyecto de Ley no establece mecanismos adecuados para que puedan hacer valer sus derechos en el proceso de extinción de dominio.

56. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio es inconstitucional por ser incompatible con el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución. Consecuentemente, procede la objeción presidencial respecto al carácter imprescriptible de la acción fijado en el artículo 4 del Proyecto de Ley y, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 14 literal d) del Proyecto de Ley.

57. De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución, en concordancia con el artículo 132 de la LOGJCC, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad parcial de un Proyecto de Ley, la Asamblea Nacional debe realizar las enmiendas necesarias para adecuarlo a los términos previstos en el dictamen, para que luego pase a sanción del presidente de la República. Al respecto, es pertinente señalar que determinar el tiempo de prescripción de una acción es un aspecto de configuración legislativa, que, siempre que establezca un tiempo razonable para el ejercicio de la acción, no riñe con ningún precepto constitucional. En consecuencia, el legislador cuenta con un amplio margen para establecer el término de prescripción que considere oportuno. (...)” (subrayado nuestro)

Sin entrar a discutir sobre los métodos de interpretación constitucional empleados por la Corte Ecuatoriana, así como, no guardamos ningún rencor sobre su abordaje y tratamiento de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio; hemos encontrados algunas fallencias propias de los razonamientos de la Corte y que valdría la pena exponer para el debate hacia el futuro de la institución bajo análisis.

En primer lugar, la sentencia arguye empleando *la falacia del accidente inverso*, cuando afirma que los tratados y convenciones internacionales no contemplan la imprescriptibilidad para el tratamiento de las acciones de penas y delitos (*sic*).

Pues bien, la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos un delito, por lo que lógicamente la Corte estaría realizando una generalización apresurada sin percatarse sobre la categoría diferenciada y consolidada a lo largo de 3 décadas de la *extinción de dominio*.

En segundo lugar, se aborda a la prescripción *sólo desde una de las aristas que la componen*, como es la de garantizar certeza a los miembros de una comunidad jurídica sobre hasta cuándo puede un titular de un derecho subjetivo ejercerlo. En este punto la Corte omite otras funciones propias de la prescripción como es la garantía de transformar una obligación cierta en natural. Debemos recordar que la prescripción en sí lo que transforma dentro de cualquier obligación y/o contrato es la pérdida de la facultad para enervar un derecho objetivo, en este caso, el derecho de propiedad que al aplicarse sería una forma evidente de “saneamiento” de la misma al titular aparente. Curiosamente fundamenta con un ejemplo inoportuno -e incompatible con la extinción de dominio- como es la *acción redhibitoria*, ésta última, para garantizar al comprador el resarcimiento por vicios ocultos presente en objeto de un contrato de venta.

En tercer lugar, y quizá hasta imperdonable en una Corte Constitucional, sea el empleo de dos falacias *ad hominem circunstancial*. La primera al tratar de reforzar el razonamiento anterior sobre la función de certeza de la prescripción señala el sentenciador que la misma debe entenderse dentro del contexto de la acción penal, cuando hemos estudiado a lo largo del presente libro que la extinción de dominio se ha emancipado de la acción penal como bien lo ha indicado el profesor Santander Abril. La segunda falacia es que asocia a la imprescriptibilidad como una suerte de instrumento de violación a las limitaciones del Estado con respecto al derecho de propiedad.

En cuarto lugar, extiende el aforismo romano *mors omnia solvit* presente como principio de la extinción de las obligaciones, hasta extremos insospechados, inaceptables e ilegales para la moderna legislación civil. La Corte indica que otorgarle imprescriptibilidad a la extinción de dominio, implicaría justificar *ad infinitum* el origen del bien, inclusive, a sus sucesores cuando acarrearla la muerte del titular aparente. Pues bien, para la propia teoría de las obligaciones, es imposible que exista una confusión patrimonial por simple herencia -testada o intestada según sea el caso- generando un blanqueamiento patrimonial como si la muerte fuera un elemento legitimador de bienes de origen ilícito. Sencillamente, el causahabiente nunca tuvo derechos sobre dichos bienes, y por tanto, mal podía transmitirlos por vía sucesoria algo que jamás conformó su patrimonio.

Más bien preocupa que toda la posible actividad probatoria en materia de legítima adquisición, la Corte la haya terminado de extender el odioso mote de “*probatio diabolica*”, presente en la investigación sobre adquisiciones inmobiliarias. En el mismo orden de ideas asocia al tercer adquirente de buena fe equiparándolo con el mismo efecto de sus sucesores, lo que más bien genera un razonamiento complejo que busca inducir a un error. Todos sabemos que el tratamiento del tercero adquirente de buena fe tiene su propia regulación en la institución tanto del comiso autónomo como de la extinción de dominio.

Finalmente cierra la motiva con una tautología incomprensible como es la declaratoria de *incompatibilidad de la imprescriptibilidad con el derecho a la seguridad jurídica*, sin esgrimir cuál fue su proceso de ponderación, puesto que, la imprescriptibilidad también es una garantía al derecho a una administración pública transparente. Por tanto, la Corte estaba al frente de una situación clarísima de enfrentamiento entre derechos y garantías fundamenta-

les, que como indica Rodríguez de Santiago³⁴, se resuelve a través de un delicado mecanismo de ponderación entre esos derechos. En ningún párrafo de la decisión puede revisarse la apelación del juez constitucional ni al principio de proporcionalidad ni mucho menos al obligatorio test de ponderación³⁵ ante el falso dilema planteado.

Dejando atrás al caso ecuatoriano y mexicano, como explicamos, existe un consenso entre el resto de las jurisdicciones constitucionales que han asimilado la extinción de dominio. En el Perú, que consideramos en este momento la judicatura de ED más activa y creativa de América Latina, también su Tribunal Constitucional ha debido moldear componentes críticos de la extinción de dominio, resaltando la intervención sobre cómo debería concebirse la “buena fe” en esta materia. Veamos:

“(…) 55. A mayor abundamiento, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico peruano se han expedido normas con la finalidad de dotar de contenido a la diligencia y prudencia exigidas al tercero para la adquisición de bienes cuyo origen está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como las que atentan contra la administración pública, las actividades vinculadas a la criminalidad organizada, entre varias. (...) 57. Pero más allá de las exigencias normativas previamente detalladas que son necesarias para la configuración de la buena fe en los términos del artículo 2014 del Código Civil, según se trate de bienes relacionados con los ilícitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 1373, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado también, en diversas resoluciones que ha expedido, algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso. (...)”³⁶

Como indicamos, nos agotaríamos en un extenso libro (como en efecto sucederá) si resaltáramos cada una de las decisiones dictadas por los tribunales constitucionales en relación a cada una de las esferas, conceptos, procedimientos, categorías, presunciones, efectos, mecánicas, criterios orgánicos, polémicas y área relacionada a la extinción de dominio en toda América Latina.

2. *El valor ejemplarizante de la Justicia constitucional ante la manipulación política de la extinción de dominio. El caso de la justicia constitucional boliviana*

Uno de los casos más ejemplarizantes sobre cómo puede un tribunal constitucional separarse de los condicionantes políticos que generalmente interfieren con el principio de independencia del Poder Judicial. Hacemos referencia a la decisión de la Consulta Constitucional número 002/2013 de fecha 19 de abril de 2013, dictada por el Tribunal Constitucional del

³⁴ Al respecto, véase Rodríguez De Santiago, José M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

³⁵ Es consolidada en la jurisdicción constitucional de occidente, cuando exista un dilema entre derechos, la aplicación de la Ley de la Ponderación que es sucedánea del principio de proporcionalidad. En este sentido, Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 161, plantea: “(...) *cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (...)*”. En el caso de marras, la Corte no indicó en ningún aspecto cual era esos grados de satisfacción -ni podía hacerlo porque era impertinente ya que la extinción de dominio no es un derecho fundamental- de uno u otro derecho en pugna.

³⁶ Véase Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia número S. 207 de fecha 05 de marzo de 2020 (Caso: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral*). Puede consultarse en línea, <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=extinci%C3%B3n+de+dominio&demandante=&demandado=&numexpediente=&anoingreso=&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>.

Estado Plurinacional de Bolivia³⁷, sobre el proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes a favor del Estado, presentado por el entonces Presidente de la nación altiplánica, Juan Evo Morales Ayma.

Dictaminó el Tribunal varios aspectos de enfoque heterodoxo sin violentar los principios constitucionales sobre los cuales se edifica el Estado de Derecho. Es más, el dictamen de la consulta de constitucionalidad previa censuró que el proyecto de ley haya considerado que la naturaleza de la extinción de dominio sea “administrativa”, pues, la extinción de dominio por muy de avanzada que se nos presente, no puede ser vehículo para quebrar principios rectores del Estado de Derecho, siendo uno de ellos, la “reserva judicial”. En efecto, expresó el Tribunal:

“(…) Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso, porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales (...)” (cursivas nuestras). Pasamos a transcribir algunos párrafos del citado dictamen constitucional, donde, sobresale su ratio ya que: “(...) surge la necesidad de establecer mecanismos, que prescindiendo de la persecución penal, aunque sin sustituirla, permitan actuar directamente sobre bienes de procedencia ilícita, decomisándolos y previo un debido proceso, declarar su extinción a favor del Estado (...)” (cursivas nuestras).

Además, -y prosigue el fallo- el fundamento no está en las geografías del Derecho penal sino:

“(…) En consecuencia, la acción de extinción de dominio de bienes, halla sustento constitucional en el derecho a la propiedad privada, a partir de que ésta debe cumplir una función social y para gozar de protección, el uso que se haga de ella no debe ser perjudicial al interés colectivo; de donde la “propiedad” adquirida por medios ilícitos o ilegítima, no puede merecer protección constitucional, por lo que al no configurar un derecho digno de protección, el Estado puede declarar legítimamente su extinción, dando prevalencia así al interés general sobre el particular. (...)” (subrayado original).

Por otra parte, el análisis sobre la perniciosa igualdad entre actividades económicas lícitas e ilícitas, violentaría ese mismo

“(…) respeto e igualdad entre todos que se proclama como bases del Estado, pasa por el reconocimiento y la protección al trabajo honrado y la persecución y castigo de las actividades ilícitas, ya que estas últimas, de manera desleal compiten con la generación de la riqueza legítima, por lo que de no tomarse acciones de lucha frontal contra la generación de riqueza ilegítima, importaría colocar a la riqueza lícita y a la riqueza ilícita en un plano de igualdad, otorgando resquicios para que la riqueza mal habida pueda consolidarse o inclusive sanearse, generando así inequidad en la generación, distribución y redistribución del producto social, cuando en un Estado Constitucional de Derecho, especialmente en el Estado Plurinacional Comunitario que estamos empeñados en construir en la búsqueda del vivir bien, únicamente la riqueza que sea legítima puede hallar cobijo y protección. (...)” (cursivas nuestras).

³⁷ Expediente N° 02073-2012-05-CCP), con ponencia del Magistrado Macario Lahor Cortez Chávez.

Es una decisión de valentía de un Tribunal Constitucional ante un país cuyo poder ejecutivo ejerce más que una tutela política. El caso boliviano siempre es estudiado en las redes de expertos sobre extinción de dominio por la capacidad de adaptar a una suerte de *ius commune* latinoamericano sobre ED, siendo los magistrados prácticamente vinculados al partido o ideología gobernante.

Con esta revista sucinta de los principales hitos de la jurisprudencia constitucional relativa a la extinción de dominio, resaltamos la importancia de la formación de los magistrados y abogados en un país sobre la materia. En toda América Latina se ha ido poco a poco configurando una multi-red de expertos de altísimo nivel, consolidando principios constitucionales que reviste -y debe respetar- no sólo las leyes sobre extinción de dominio sino también aquellos sujetos que conforman el sistema de justicia a la hora de aplicarlo.

III. EL INICIO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. MAL COMIENZO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN VENEZUELA

Contrario a la experiencia latinoamericana que hicimos referencia en el epígrafe anterior; cuando pensamos que pudiera reivindicarse la Justicia Constitucional venezolana nos encontramos con su funcionamiento actual, que, independientemente de la corriente ideológica que impere, es innegable su transformación en lo que el profesor Brewer-Carías ha denominado una dictadura judicial³⁸. Hasta el propio Nicolás Maduro ha debido reconocer que debe operar un cambio a la incomprensible -e inaceptable- expresión “revolución judicial”³⁹.

Pues bien, el primer acto judicial venezolano sobre la extinción de dominio, que le correspondió a la justicia constitucional, no sólo desestimó los principios básicos de prudencia y pertinencia en la delimitación del contenido de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio; sino que podemos encontrar un grado de desconocimiento sobre lo que realmente aprobó la Asamblea Nacional en la Ley comentada. Hacemos referencia a la sentencia número 315 dictada el 28 de abril de 2023, en la cual, se realiza el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del carácter orgánico.

En nuestra obra apostamos siempre por una Ley sobre Extinción de Dominio y Acciones Patrimoniales contra la Corrupción⁴⁰. En ella podía haberse recogido y sistematizado todas las formas sobre persecución patrimonial -no penal- contra la corrupción y otras actividades ilícitas.

Ello con el fin de proponer un orden en relación con las tres acciones no penales (decomiso, extinción de dominio y civiles de reparación). Con la debida coordinación no era necesario apelar al carácter orgánico para una ley sobre ED, sino que se contemplaran mecanismos para articular las acciones de naturaleza penal con sus comisos accesorios (incautacio-

³⁸ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del estado de Derecho*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016. También, del mismo autor, *La Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional al servicio del autoritarismo*. Colección Biblioteca “Dr. Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

³⁹ Véase, Presidente Maduro llama a profundizar la revolución judicial en Venezuela. En: <https://www.telesurtv.net/news/venezuela-presidente-maduro-profundizar-revolucion-judicial-20230131-0026.html>

⁴⁰ Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. cit.*, pp. 219-220.

nes, etc.), y las de tipo civil, resaltando, la alternatividad entre una y otra marcadas más que todo por el acervo probatorio como hemos explicado en nuestro tratado sobre comiso autónomo y extinción de dominio⁴¹.

1. *El carácter “expres” de la sentencia número 315 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la “constitucionalidad” del carácter orgánico de la Ley*

Una de las notas que ha generado cierta inquietud, es la relativa al fulgor con que se emitió la sentencia que por obligatoriedad del artículo 203 de la Constitución, debía obligatoriamente pronunciarse la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el por qué se calificaría constitucionalmente válida el atributo de orgánica una ley sobre extinción de dominio.

Sorprendentemente la decisión se emitió el 28 de abril de 2023, justo 24 horas después que la Asamblea Nacional sancionó el texto sometido a consideración por el TSJ. Increíblemente la sentencia afirma que “(...) *Examinado detenida y acuciosamente el contenido del supra identificado instrumento (...)*”. Es decir, la Sala procedió a la revisión de un instrumento cuya comprensión, por la media, requiere de varios años para asumir mecánicas y conceptos que son en buena medida ajenos a la historia jurídica venezolana.

Esto debe preocuparnos porque una revisión “detenida y acuciosa”, con la rapidez que se le imprimió sólo es posible si en Venezuela la extinción de dominio tuviese alguna tradición legal (antecedente), una copiosa bibliografía -inclusive hasta hemerografía científica-, cuando sabemos con toda propiedad que no se ha escrito ni abordado -aunque sean tangencialmente- sobre extinción de dominio en nuestro país. De ello doy fe, tras varios años haciendo la recensión en las bibliotecas y bases de datos jurídicos existentes dentro de nuestras fronteras.

Tampoco existe tradición judicial sobre ED. Ni siquiera algún fallo del TSJ en sus 23 años de creado. Un juez especializado en extinción de dominio, por experiencia propia que nos ha correspondido formarlos, en América Latina, requiere de un adiestramiento promedio de cinco años, contados desde que se asume el cargo, con el aliciente de poseer estabilidad judicial y no conocer de otras competencias (competencia promiscua). No sólo es saber sobre los rudimentos de las obligaciones y contratos, sino, las nuevas ramas e instituciones que poco o casi nada se enseña en las facultades de Derecho, salvo, que algunos profesores se hayan preocupado por ir más allá de los programas oficiales. Comprender, por ejemplo, los más difíciles aspectos e instituciones del Derecho patrimonial⁴², del Derecho de daños⁴³ y de

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Véase Rosillón Fairén, Alejandro. *Derecho civil patrimonial: selección de casos prácticos: obligaciones y contratos, reales e inmobiliario general*. Madrid, Editorial Dykinson, 2023. Requejo Conde, Carmen. *Introducción al derecho penal patrimonial: los delitos de hurto y robo en el código penal español*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Lasarte Álvarez, Carlos. *Curso de derecho civil patrimonial: introducción al derecho*. Madrid, Editorial Tecnos, 2022. DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017. Rodríguez-García, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Murga Fernández, Juan Pablo y Tomás Tomás, Salvador (Coord.). *Cuestiones actuales del Derecho Patrimonial desde una perspectiva ítalo-española*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Civitas, 2012. Bernad Mainar, Rafael. *Derecho civil patrimonial*, Caracas, Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 2012 (V Tomos).

los valores constitucionales del derecho de propiedad⁴⁴. Aunado a ello, debe este juez mantenerse al día en cada uno de los ejes temáticos del proceso civil y de las dimensiones complejas de la tutela judicial efectiva, la ética, el estudio de la economía de la corrupción y los avances o retrocesos del resto de instituciones análogas de carácter penal como son los delitos de corrupción.

Por eso nos sorprende cuando la Sala es enfática al enunciar que ha “examinado detenida y acuciosamente el contenido del supra identificado instrumento normativo”. Cualquier Sala Constitucional en un control de este calibre, previamente se toma su tiempo para sopesar y discutir por las polémicas que trae consigo el instituto.

2. *La motivación incongruente sobre por qué la Ley sobre extinción de dominio debe revestirse de carácter orgánico*

Si el carácter expreso de la sentencia nos despierta sospechas entre los que pertenecemos a la red internacional de expertos en extinción de dominio, la *ratio dicendi* del fallo va más allá de los parámetros propios sobre lo que debe considerarse un control previo sobre el carácter constitucional de “orgánica” un instrumento de ley. Tras la transcripción íntegra del texto de la ley orgánica de extinción de dominio, la sentencia en su parte III (Consideraciones decisorias), repasa el examen sobre las doctrinas jurisprudenciales asentadas por la propia Sala desde el año 2000.

En este particular no parece una sentencia que altere lo que tradicionalmente han sido para la calificación de “orgánica” en el control de la constitucionalidad, es decir, que la ley según el artículo 203 de la Constitución para que sea reservada bajo esta categoría debe: i) en casos concretos donde expresamente el texto constitucional así lo determina; ii) aquella que organiza Poderes Públicos, iii) las que sean para el desarrollo de derechos constitucionales, y iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Sin embargo, al argumentar la Sala sólo se dedica a comentar casi exegéticamente los artículos fundamentales de la ley, repitiendo un razonamiento que no es cónsono con el control sobre la organicidad del texto, específicamente:

“(…) Efectivamente, en el caso de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, el legislador ha querido desarrollar el derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado, habida cuenta de que éste constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales, debido a que tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas necesarias y apropiadas, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad patrimonial de la República y sus propiedades, instituyendo un elemento de suprema importancia para el desenvolvimiento y la correcta administración de todos los bienes que quedarán bajo la administración del órgano especializado en virtud de la adopción vía cautelar, de acuerdo con los principios de eficiencia y transparencia de la función pública.

⁴³ Al respecto, véase De Ángel Yagüez, Ricardo. “Constitución y Derecho de daños”, en: *Estudios de Deusto*, Vol. 55, 1 (enero/junio 2007), Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 123-172.

⁴⁴ Queremos resaltar que, en Venezuela, en ningún programa de derecho civil sobre bienes, se hace referencia alguna a los valores intrínsecos que la Constitución comporta sobre el derecho de propiedad. La doctrina y jurisprudencia se ha enfocado, en la tradición venezolana desde el constitucionalismo social introducido en la Constitución de 1947, en abordar casi en exclusividad los atributos de la propiedad sin adentrarse en el eje de los “valores constitucionales” de la propiedad. Sólo se ha hecho énfasis en el “interés social” y las “limitaciones legales derivadas de dicho interés”.

En razón de ello, esta Ley no puede menos que situarse en el orden de la jerarquía orgánica de las leyes de la República, según se subsume en la categorización que instruye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 203, conforme al análisis expuesto *supra*.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, pues ésta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto:

Conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia n° 537 del 12 de junio de 2000, caso “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*”, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio ostenta el carácter técnico-formal que la erige en una ley que regula la ética, la lucha anticorrupción, la legalidad, la justicia, la buena fe, y el sistema sancionatorio que debe aplicarse a los titulares aparentes de los bienes y afectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinadas a éstas, regulación ésta que al estar enmarcada en los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 3, 49, 114 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, subsumibles, en su orden, en la segunda, tercera y cuarta categoría prevista en el artículo 203 constitucional (...)

Sorprende que el examen previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de una ley del calibre de la extinción de dominio haya sido abordado de forma tan baladí, confundiendo categorías como por ejemplo que es una ley que regula la “ética”. Esto quiere decir que, según la Sala, que la ley regulará la decisión humana según las opciones tras un proceso de discernimiento⁴⁵. En pocas palabras, un disparate epistemológico y filosófico nunca visto.

En segundo lugar, además de no decir nada constitucionalmente relevante, puedo perfectamente encontrar, como antiguo profesor de lógica y argumentación jurídica, la típica falacia de *ignoratio elenchi* (conclusión inatinerante por ignorancia del asunto). En este tipo de razonamientos el problema está en que se introducen elementos que no es relevante para el tratamiento del eje argumental central, en este caso, de una ley que desarrolla un instrumento de persecución patrimonial contra aquellos bienes adquiridos “ilícitamente”. ¿No hubiese sido más fácil que la Sala en la sentencia desarrollara lo que significa en sí la extinción de dominio como nuevo instrumento en una estrategia del Estado venezolano para luchar contra la corrupción?

Por otra parte, el fallo, desconociendo inclusive el articulado de la ley bajo análisis sobre su organicidad, incluye esta desviación:

“(...) Por lo que se puede afirmar que el instrumento normativo aquí analizado además viene a desarrollar la severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)” (subrayado nuestro)

⁴⁵ Sobre el problema de la ética, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y la jueza venezolana y la ética de la interpretación jurídica”, en: Guibert Ucin, José M. (Coord.) *Cooperativismo, Empresa y Universidad. In memoriam de Dionisio Aranzadi Tellería sj*. Bilbao, Ediciones de la Universidad de Deusto, 2010. También, de nuestra autoría, “Ética, hermenéutica y argumentación”, en: Parra Aranguren, Fernando (Coord.) *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 2002.

Hemos indicado, así como en toda la doctrina y jurisprudencia comparada de justicia constitucional, que la extinción de dominio es una acción de carácter “civil”, patrimonial para ser más omnicompreensivo. Como nos indicó el profesor Jiménez Tapia, este párrafo de la sentencia anula en sí la naturaleza del instituto, desnaturalizándola, pues, la extinción de dominio no es ni una pena ni mucho menos se ha construido para hacer “más severo” los delitos. Sencillamente la punibilidad no tiene ninguna relación con la ilicitud en la extinción de dominio. Por tanto, estas tres líneas refuerzan nuestra crítica al elevar a niveles jamás vistos la falacia *ignoratio elenchi*.

Lo curioso del asunto, y acá ratifica lo que apuntamos sobre la prototípica *ignoratio elenchi*, es que la única justificación que pudiera alegarse para otorgarle el carácter orgánica a la ley proviene de un descuido por el propio legislador. Nos explicamos.

Ni el proyecto de ley orgánica discutido, ni mucho menos la ley sancionada y hoy promulgada por el Presidente de la República, no reparó en contemplar un artículo que dilucidara un problema procesal que traerá consigo consecuencias imprevistas. Hacemos referencia a la coordinación que debe existir entre los diferentes procedimientos de decomisos presentes en la legislación venezolana que pudiera traer una cuestión previa relacionada a la prejudicialidad. Sólo el artículo 16 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio nos alude a esta hipótesis, pero de forma muy imprecisa.

El 18 de abril de 2023 nosotros consignamos ante la Consultoría Jurídica de la Asamblea Nacional un informe⁴⁶ con nuestras observaciones sobre el entonces proyecto de Ley Orgánica. En esa oportunidad, al respecto, suscribimos lo siguiente (páginas 74-76):

“(…) Sin embargo, sugeriríamos en el artículo 1 lo siguiente:

Objeto.

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales relacionados, derivados o empleados en actividades ilícitas y la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, sin contraprestación ni compensación alguna.

Parágrafo Primero: La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso judicial autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal, así como los relativos al decomiso sin condena penal previsto en la Convención contra la corrupción, que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley. En los casos donde se ejerzan simultáneamente las acciones de decomiso sin condena penal y la de extinción de dominio, prevalecerá aquella que más se adecúe a la causa ilícita alegada como fundamento de la demanda interpuesta por el Ministerio Público, siempre y cuando, el objeto de las acciones sea sobre los mismos bienes plenamente identificados.

Parágrafo Segundo: En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de extinción de dominio.

⁴⁶ Urbina Mendoza, Emilio J. *Análisis preliminar sobre el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Observaciones y Notas*. Caracas, 18 de abril de 2023, 84 páginas.

Parágrafo Tercero: Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado, confiscado o incautado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme.

El artículo propuesto refuerza y coordina, a la vez, los diferentes comisos, confiscaciones y decomisos previstos en la legislación venezolana, sea autónomo (caso de la Ley Aprobatoria de la Convención contra la Corrupción, art. 54.1,c) o el directo - confiscación- producto de una condenatoria penal (arts. 10.10 y 33 del Código penal, art. 98 de la Ley contra la Corrupción, arts. 183 y 185 de la Ley Orgánica de Drogas, art. 89 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo).

Sólo existe un caso donde pudiera darse simultaneidad y es el relativo al ejercicio del decomiso civil previsto en la ley aprobatoria de la UNCAC y la extinción de dominio cuando la demanda sea sobre los mismos bienes. En este caso, sugerimos que la prevalencia para la continuidad del proceso se determine por la causa “ilícita” alegada por el Ministerio Público, es decir, si estamos demandando sobre bienes cuyo origen es derivado de la corrupción con posibilidad de ejercer también acciones penales, entonces, se procederá a darle prevalencia a la demanda por decomiso civil. Si por el contrario, es una causa ilícita más allá de la corrupción, entonces, deberá proseguir la contemplada en la acción de dominio.

Por otra parte, como bien se ha indicado, la “ilicitud” es mucho más amplia que la punibilidad, haciendo de la extinción de dominio, una acción autónoma más ágil que el resto de las instituciones análogas. De allí las razones del parágrafo primero, cuando ocurra la interposición de acciones, dando prevalencia a la extinción de dominio. Esto nos obliga, al ser un proceso de naturaleza patrimonial, revisar aspectos relativos a cuestiones previas que puedan ser interpuestas, resaltando, la prejudicialidad, que en ningún caso procederá para suspender o paralizar un proceso de extinción de dominio.

Debemos recalcar que la extinción de dominio no depende de una condenatoria penal o la inocencia declarada por un tribunal penal, por eso el *quid* del parágrafo tercero. Es más, la extinción de dominio, como verificamos en las páginas precedentes, se encuentra totalmente emancipado de una condenatoria o inocencia en un proceso penal, no pudiendo alegarse para paralizar un proceso de extinción de dominio, que un tribunal penal declaró la inocencia de un titular aparente. (...)

Esta observación no fue tomada en cuenta, obligando entonces a otorgarle carácter orgánico a la LOED para evitar prevalencia con otras leyes de carácter orgánico que regulan procedimientos análogos de comisos o incautaciones. Así, esta ley es orgánica siguiendo la previsión del artículo 203 de la Constitución Bolivariana, para que ésta sirva de marco normativo del *subsistema de acciones de naturaleza patrimonial* y coordine las otras categorías de comisos presentes en el Código Penal, la Ley Orgánica de Drogas, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley contra la Corrupción y finalmente, el *comiso autónomo o decomiso sin condena* previsto en la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁷.

⁴⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 38.192, de fecha 23 de mayo de 2005.

Por otra parte, al contemplarse la creación de tribunales especializados en extinción de dominio⁴⁸, así como fiscalías especializadas en la materia⁴⁹, en un lapso de 60 días contados desde la publicación en Gaceta Oficial de la LOED, es atinente armonizar esta última con las previsiones de las leyes orgánicas que regulan tanto al Ministerio Público como al propio Poder Judicial.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido constatar en este examen rápido de la relación entre la Justicia Constitucional y la extinción de dominio, encontramos que éste último instituto ha sido moldeado y tutelado por los criterios de la primera siempre, claro está, en países donde el Poder Judicial posee una base de institucionalidad más sólida que la vivenciada en Venezuela en los últimos 25 años. La extinción de dominio es una figura muy original, eficiente y eficazmente demostrada para combatir la corrupción. Donde se aprueba e incorpora a la legislación, sus resultados son prácticamente inmediatos ante la difícil pregunta que atañe siempre para aquellos que han adquirido de manera ilícita un patrimonio: ¿cuál es el origen de dichos bienes?

Lamentamos que, en Venezuela, el primer abordaje de la justicia constitucional con la extinción de dominio haya sido tratado bajo una falacia de *ignoratio elenchi*. Esto nos compromete todavía más por luchar en que la extinción de dominio sea realmente aplicada como fue diseñada históricamente, para hacer imposible que un país se constituya en una suerte de paraíso patrimonial.

⁴⁸ Disposición transitoria primera de la LOED.

⁴⁹ Disposición transitoria segunda de la LOED.

ALGUNAS PROBLEMÁTICAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

Simón Fernández Bravo**

Abogado

Resumen: *El control de la discrecionalidad administrativa por el principio de proporcionalidad, es parte del resultado de la reducción de las inmunidades judiciales de la Administración. No obstante, no debe confiarse ciegamente en el mismo, dado que existen trabas relevantes para la plena eficacia del principio, la cual, en última instancia, busca la justicia material en cada caso concreto. En el presente se exponen algunas de las mismas, derivadas de la naturaleza de este control y su relación con la independencia judicial.*

Palabras Clave: *Discrecionalidad, proporcionalidad, independencia judicial, tutela judicial efectiva, ponderación.*

Abstract: *The control of administrative discretion by the principle of proportionality is part of the result of the reduction of the judicial immunities of the Administration. However, it should not be blindly trusted, since there are relevant obstacles to the full effectiveness of the principle, which, ultimately, seeks material justice in each specific case. Some of them, derived from the nature of this control and its relationship with judicial independence, are set forth herein.*

Key words: *Discretionality, proportionality, judicial independence, effective judicial protection, balancing.*

INTRODUCCIÓN

Quizás, el tópico de la discrecionalidad administrativa lleve detrás una de las ideas más potentes del Derecho Administrativo, siendo que la Administración no sólo ejecuta la Ley, sino que hay algo más allá de esa mera aplicación de la Ley y las normas positivizadas.

Ahora bien, la justificación para continuar la discusión sobre este vetusto -aunque incesante- tema, es sencilla: la de poner el foco en la naturaleza del examen realizado por el Juez cuando controla los actos discrecionales a través del principio de proporcionalidad, ello con el fin de poner en el foco una vertiente más realista del problema, sobre todo, aludiendo al papel del Juez y su ardua labor argumentativa en la aplicación de este modo de control de la discrecionalidad administrativa.

* Este trabajo obtuvo el premio del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) para estudiante, edición 2022

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2023).

Además, viendo cómo puede reducirse la discrecionalidad a través del control de la discrecionalidad del legislador, como lo ha expuesto Tomás-Ramón Fernández¹, aquí pretendemos abordar la eficacia de la reducción y el control de la discrecionalidad (con fundamento en el principio de proporcionalidad), a través de la revisión de la actividad judicial y la tarea en concreto que se lleva a cabo en el mismo.

Para todo ello, se atenderá a (i) la adopción de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo, (ii) una conceptualización del problema de la discrecionalidad, (iii) la construcción teórica del principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado (principalmente Francia y la Unión Europea), (iv) el rol de la independencia judicial en el tema y, de modo ilustrativo, (v) las deficientes tendencias de la justicia administrativa venezolana en la materia.

I. LA ADOPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Puede decirse que buena parte del proceso metamórfico del Derecho Público moderno parte de una idea harto brillante sostenida por los maestros García de Enterría y Fernández, quienes indican que:

*“Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho.”*²

De esa forma, los maestros argumentan que el Derecho Administrativo, en su momento, surgió como *“reacción directa a las técnicas del gobierno del absolutismo”*³. Lo que se entendía por Derecho en un primer momento, es decir, la voluntad del Rey (ahora entendido como una forma de la más pura arbitrariedad), pasaría a ser sustituido por la voluntad general, con lo cual, el Derecho no vendría más del Rey, sino del pueblo; ya no se hablaría de súbditos, sino de ciudadanos con verdaderos derechos amparados por el principio de legalidad.

Sin perjuicio de todo lo anterior, las más importantes deficiencias del mecanismo se percibieron más gravemente en el Siglo XX, período histórico destacable -en términos jurídicos-, entre otras cosas, por dos hitos: (i) la expansión administrativa dada la estructuración del Estado Social y (ii) la creciente relevancia de los principios generales del Derecho, a causa de las manifiestas deficiencias del positivismo textual (dadas las experiencias de los autoritarismos del Siglo XX).

Sobre el primero de los hitos, el profesor Maurer, señalando que la dilatación de funciones, y el compromiso con cumplir con las mismas, surge del *“principio del Estado Social”*, llevando a una ampliación tal que se acuñó la connotación de *“Estado administrativo”*, añadiendo que las obligaciones del legislador también han crecido, teniendo la *“obligación de dirigir y limitar la actuación administrativa mediante leyes y directrices”*⁴. En suma, el Estado y, por lo tanto, la Administración, tenía más ámbitos de actuación.

¹ Fernández, Tomás-Ramón, *“Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”* en *Revista de Administración Pública* N° 187, Madrid, enero-abril, 2012, pp. 141-170.

² García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Editorial Civitas, pp. 423-424.

³ *Idem*

⁴ Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pp. 62-63.

En segundo término, lo cual, para nuestros efectos, es imperante, las transformaciones de la realidad económica y social del siglo pasado vendrían de la mano de algunas de las circunstancias más reprochables de la historia jurídica, tales como los escenarios de la España franquista, la Italia fascista o, todavía más ilustrativo, en la Alemania nacionalsocialista. Sobre el particular, el profesor Walter Jellinek indicaba lo siguiente:

“En la época nacionalsocialista podía ser ley lo que decidía el Gobierno del Reich, incluso la llamada orden del Führer (...) ¿Qué sucede si la ley misma es injusta y arbitraria? En leyes nacidas de un Parlamento esto no es muy probable -a diferencia de las medidas dictatoriales-. Pero si, a pesar de todo, surgieran tales leyes injustas (...) entonces la teoría del derecho natural alemana, remozada en su interpretación desde 1945 considera tales leyes como no obligatorias”⁵.

Este pasaje es muy ilustrativo para los efectos del presente, debido a que revela una de las premisas claves sobre las cuales reposará el presente análisis: la posibilidad de los individuos de arrojarse bajo la tutela de un orden jurídico más allá del Derecho Positivo⁶.

Atendiendo al pasaje del profesor Jellinek, el profesor continúa su análisis con una fascinante precisión, al expresar que *“Estado de derecho, significa, ante todo, Estado judicial”*⁷, reconociendo la grandísima importancia de los jueces como guardianes de la legalidad, de la constitucionalidad y, en último término, del Derecho.

Tal afirmación debe considerar, por lo tanto, el funcionamiento del sistema de justicia en cuestión. Ya se había dicho que los profesores García de Enterría y Fernández fijaron que el Estado de Derecho depende de lo que se entienda por Derecho, por lo tanto, hay una gran importancia en lo que los jueces entiendan por Derecho.

Es aquí donde entran en juego los principios generales del Derecho aplicados al Derecho Administrativo. Nuevamente, como en buena parte de la evolución del Derecho Administrativo, es el Juez quien ha tomado la iniciativa. Con respecto a esto, Alejandro Nieto, en un tono mordaz y acertado, refiriéndose al positivismo español del Siglo XX, arguyó lo siguiente:

“El positivismo tradicional español no es sólo, como acabamos de ver, legalista estatal, sino, además, textual, es decir, que se atiene literalmente al texto de la ley. Esta nota no es consecuencia necesaria, ni mucho menos, del sistema político, sino que constituye un añadido incorporado por la práctica de los juristas. La idolatría del texto es, como todas las idolatrías, la forma más cómoda de actuar, puesto que permite prescindir no ya sólo de la crítica, sino de la reflexión mental. Los juristas y los Tribunales deben limitarse, por tanto, a aplicar estrictamente el texto de la ley, ya que, «existiendo normas legales aplicables al caso, no es pertinente la observancia de principios generales de Derecho ni la aplicación analógica» (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947)”⁸.

Así las cosas, Nieto continuaría sus cavilaciones, estableciendo la gran importancia del Juez en su rol de creador del Derecho, sobre todo, a través de la desaplicación de una determinada norma por la falta de convicción del Juez sobre la solución que pudiera dar la misma,

⁵ Jellinek, Walter. “Alemania como Estado de Derecho” en *Revista de Administración Pública* N° 6, Madrid, Septiembre-Diciembre, 1981, pp. 347-352.

⁶ García De Enterría, Eduardo. “Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública* N° 40, Enero-Abril, 1963, pp. 189-222.

⁷ Jellinek, Walter. *Alemania como Estado de Derecho*, pp. 347-352.

⁸ Nieto, Alejandro. “El Positivismo Jurídico y la Constitución de 1978” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 26, Mayo-Agosto, 1989, p. 26.

considerando sobre todo la primacía de la Constitución -dado el régimen democrático-, así como por la entrada de España en la Comunidad Europea, siendo que el Juez dejaba de fungir como “*boca de la Ley*” y podía ir más allá, dada la ampliación de la comprensión de lo que era el Derecho.

Sobre este aspecto, en Francia, Rivero expuso sus disquisiciones. Sin embargo, la postura de Rivero, menos incisiva que la expuesta por Nieto, es bastante reveladora. En esos términos, respecto de la autoridad de los principios generales del Derecho, Rivero alude a que:

“Antes de 1958, la mayoría de los comentaristas reconocían a los principios generales, una autoridad igual a la de la ley. Sin embargo, se ha manifestado que el Juez reconoce, a los principios, una cierta preeminencia sobre las mismas leyes, ya que es a ellos que se refiere para interpretarlas”.⁹

Esto ocurre con el caso de la decisión del Consejo de Estado francés del 17 de febrero de 1950, en donde, frente a la imposibilidad legal de ejercer recursos de cualquier tipo -debido a la prohibición legal de tal acción-, el Consejo de Estado decidió que podía ejercerse el recurso “*incluso en ausencia de un texto legal, contra todo acto administrativo, teniendo el recurso como finalidad garantizar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad*”¹⁰. El Consejo de Estado decidió emplear los principios generales del Derecho por encima de la Ley, creando una amalgama entre ambos.

Considerando esto, Rivero cierra su razonamiento aludiendo a la Jurisprudencia del Consejo Constitucional, la cual distingue entre los principios de valor constitucional y los de valor solamente legislativo, lo cual, dependiendo, del caso tiene implicaciones relevantes en aspectos de jerarquía normativa y de vinculación de los poderes públicos al Ordenamiento Jurídico¹¹. En fin, fueron estas las circunstancias que conllevaron a la dotación de relevancia de los principios generales del Derecho dentro del Derecho Administrativo.

En este estado, debe decirse que un terreno que ha sido especialmente fecundo para el desarrollo de los principios generales del Derecho ha sido el de la discrecionalidad administrativa, como se expondrá a continuación.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. EN ESPECIAL, POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *Discrecionalidad*

Considerando que la problemática esbozada anteriormente ocurría inclusive en situaciones genéricas, el tópico adquiere una complejidad mayor cuando se introduce el elemento de la discrecionalidad, el cual, es omnipresente en esta rama del Derecho. Dadas las dificultades propias de la discrecionalidad, los principios generales del Derecho hallaron un terreno fundamental para operar de manera eficaz.

En ese mismo sentido, cabe introducir la noción de la discrecionalidad. Para ello, es idóneo hacer referencia a las normas jurídicas que atribuyen potestades públicas. Las normas jurídicas se entienden como proposiciones condicionales, en medida de que plantean una

⁹ Rivero, Jean “*Derecho Administrativo*”, traducción de la novena edición, Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 82.

¹⁰ GAJA 504.

¹¹ Rivero, Jean “*Derecho Administrativo*”, p. 83.

hipótesis de hecho que, al ser comprobada, da lugar a una consecuencia jurídica¹². En tanto que, en la consecuencia jurídica, haya múltiples posibilidades para actuar por la Administración, se hablará de discrecionalidad, por simplificar harto la idea¹³. En suma, hay una pluralidad de soluciones justas¹⁴.

Ahora, habiendo comprendido que la discrecionalidad, se trata de la situación en que una potestad defiende la aplicación de su consecuencia jurídica a juicio de la Administración, cabe resaltar que debe distinguirse entre la discrecionalidad reglamentaria, propia de los poderes normativos de la Administración ejerciendo la función normativa (la cual, pese a su posibilidad de control a través de los principios generales del Derecho, no será la considerada a los efectos del presente, dada su autonomía), y la discrecionalidad típica, esencial de la función administrativa, objeto del presente ensayo¹⁵.

Continuando con la idea, se entrelaza esta idea con la de las libertades individuales, las situaciones jurídicas de los administrados, sus intereses, derechos subjetivos o cualquier componente de su esfera subjetiva que pueda ser afectada por la actividad administrativa y, en concreto, por el ejercicio de potestades discrecionales. Ante ello, la justicia administrativa debería fungir como elemento para suprimir las inmunidades y la arbitrariedad de los administradores¹⁶. No obstante, esa no es la concepción que han sostenido los sistemas de contencioso-administrativo desde el principio.

Partiendo de estos razonamientos, ha habido un tracto de debilitamiento de la inmunidad discrecional, propio de la evolución del contencioso-administrativo hacia un sistema más garantista. Con respecto a esta situación, García de Enterría en su mítico trabajo intitulado “*La Lucha contra las Inmunidades del Poder*”, dedica una buena porción de mismo a la inmunidad de los actos discrecionales. Refiriéndose a la inmunidad judicial de estos actos discrecionales, el autor reseña que en donde hubiere actos discrecionales, operaba una “*eliminación pura y simple*” del control de los mismos, en bloque¹⁷.

De ese modo, frente a la discrecionalidad, destacaba una multiplicidad de herramientas (la desviación de poder, la determinación de los hechos, los elementos reglados, los conceptos jurídicos indeterminados), dentro de la cual destacaron los principios generales del Derecho.

Así las cosas, concluye que “La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente

¹² Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 165-190.

¹³ *Ídem*

¹⁴ García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, pp. 458-498.

¹⁵ Esta distinción es hecha, entre otros, por Muci-Borjas, José Antonio en “*Potestad Reglamentaria y Reglamento*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 77-101.

¹⁶ González Pérez, Jesús, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo I”, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 18.

¹⁷ García De Enterría, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 8, 2016, p. 37.

esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”¹⁸, con lo cual, el Juez se atiene “a su más estricta función de defensor del orden jurídico”¹⁹.

Los anteriores pasajes del profesor García de Enterría dejan claro que la discrecionalidad no es sinónimo de *arbitrariedad*. De hecho, sobre el particular, el profesor argentino Juan Carlos Cassagne señala que el concepto de arbitrariedad “*comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario*”²⁰, concluyendo lo siguiente:

En este sentido, no sólo el juez está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de arbitrariedad, a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, sino que la Administración está paralelamente sometida a un control pleno y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones puede excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción.”

Aquí puede vislumbrarse un elemento que, a posteriori, será considerado, el cual se refiere a que el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del Derecho, en buena medida, depende de la premisa de que los mismos jueces no incurran en arbitrariedades en sus juzgamientos. Es decir, que la razonabilidad del ejercicio de la discrecionalidad judicial compromete absolutamente a la técnica.

2. *Los principios generales y el control de la discrecionalidad*

Dentro de todo esto, debe precisarse que hay un principio general del Derecho que ha jugado un rol de vital importancia para el desarrollo de esta técnica de control de la discrecionalidad: el principio de proporcionalidad. García de Enterría expresa que:

*“Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etc.”*²¹

En la misma órbita, Cassagne indica que:

*“En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad que, como se ha visto, es más amplio. La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.”*²²

La doctrina nacional, en particular, Brewer-Carías, se une a la misma línea argumentativa:

“El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la fal-

¹⁸ *Ídem*

¹⁹ *Ídem*

²⁰ Cassagne, Juan Carlos. *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, p. 2, disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf

²¹ García De Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 51-52.

²² Cassagne, Juan Carlos. *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, pp. 7-8.

*ta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.*²³

De estas citas se extrae la clara conclusión de que el ejercicio de la discrecionalidad no puede ser desproporcionado, so pena de ser arbitrario e irracional. Para ello, ha sido de gran ayuda la positivización de los límites a la discrecionalidad en las normas de procedimiento administrativo, tal como el caso del Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual contiene el mandato expreso de la proporcionalidad.

Ahora bien, este es el tratamiento de la doctrina imperante sobre el tema. Sin embargo, percibimos la imperiosa necesidad ahora de determinar la esencia del principio de proporcionalidad, su funcionamiento y sus implicaciones, así como la evolución jurisprudencial que ha conllevado a las opiniones de estos autores precitados.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Algunas notas sobre el principio

Para una mayor comprensión del empleo que le ha dado el juez administrativo al principio de proporcionalidad, se muestra la imperiosa necesidad de abordar las bases del principio de proporcionalidad, de la mano de las características que distinguen al mismo de otros principios generales del Derecho, lo cual llevará a diferenciarlo y a observar las particularidades del control a través de la proporcionalidad.

A. Tiene una vertiente de mandato y una de control

Afirma el maestro González Pérez que el principio de proporcionalidad es uno de los que *“han de informar toda la actividad administrativa”*, siendo que el mismo no postula otra cosa que una *“adecuación entre medios y fines”*, entre las medidas adoptadas y las necesidades que se buscan satisfacer²⁴.

En ese mismo orden, se trata de una racionalización del poder porque, como se observará después, abarca tres subprincipios que fungen como canal para la adopción a priori de decisiones (especialmente cuando se trata de medidas discrecionales) y de un control a posteriori de los mismos. En suma, provee al operador jurídico de una herramienta para reducir la subjetivación de los juicios intelectuales que emplea, la cual, como defendemos en el presente más adelante, persiste.

Si bien, como indica Tomás-Ramón Fernández, el legislador tiene un papel esencial al momento de reducir la arbitrariedad, dado que debe hacerlo *“mediante reglas precisas que no dejan a la discrecionalidad de las autoridades administrativas un campo de maniobra excesivo, que cierren el paso, en definitiva, a su eventual arbitrariedad”*²⁵, cuando la norma no alcanza a disuadir por completo la arbitrariedad, el principio de proporcionalidad

²³ Brewer-Carías, Allan R. “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 8/2016, 2016, pp. 119, citando a Linares, Juan Francisco *“Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, 197-229.

²⁴ González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Editorial Civitas, 2004, pp. 85-93.

²⁵ Fernández, Tomás-Ramón. *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*, p. 160.

juega un papel fundamental tanto para la formación de resoluciones de las autoridades administrativas, como para su eventual control por el Juez administrativo²⁶.

Si bien la vertiente de mandato tiene implicaciones de alta relevancia, en la segunda es que se pone el enfoque para el presente trabajo, como se ha dejado entrever.

B. *Es un mandato de optimización de posibilidades*

En primer lugar, debe decirse que los principios se contraponen a las reglas. Sobre esto, ambos conforman el género de normas jurídicas; sin embargo, Alexy alude a una distinción fundamental entre una y otra categoría: mientras que las reglas son “*normas que exigen algo en forma definitiva. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos*”, los principios son “*mandatos de optimización. Como tales, ellos exigen que algo sea realizado «en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes*”²⁷.

A pesar de su positivización en casos como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica de Administración Pública, se trata de un principio; es adecuado asentarlos, debido a las implicaciones prácticas que ello conlleva. Al comprender un mandato de optimización, su mecanismo de aplicación difiere del de las reglas, en medida de que el principio no posee mandatos definitivos, sino de optimización.

C. *Opera sobre actuaciones lícitas y lesivas*

Una última característica del principio de proporcionalidad es que, al momento de ser empleado para el control de los actos de la Administración, el mismo es de *última ratio*. Ello conlleva el hecho de que es un control subsidiario.

La excepcionalidad aparente que puede observarse en esta técnica de control viene dada por el hecho de que la misma ha de examinar actuaciones lícitas y lesivas. Debe tratarse de medidas lesivas, debido a que el administrado se encontrará en la posición de probar que, efectivamente, la medida juzgada ocasionó una lesión en su esfera subjetiva; a su vez, las medidas deben ser lícitas, debido a que no se viene a cuestionar su ilicitud, sino su desproporción, considerando los presupuestos de hecho y las soluciones disponibles para alcanzar el fin de la norma²⁸.

D. *Es de carácter sustantivo*

Otra característica que se muestra relevante es la naturaleza sustantiva o material del principio, la cual, le hace carecer de naturaleza formal o adjetiva, “*como acontece con el deber de motivar los actos administrativos o la audiencia del interesado*”, componiendo un “*parámetro de legalidad o justicia material, un componente del principio del Estado de Derecho*”²⁹, todo en aras de resaltar lo que debería ser la preeminencia de las libertades individuales sobre la actuación administrativa de cualquier clase.

²⁶ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 31-39 y 125-221.

²⁷ Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 91, Madrid, 2011, pp. 12-13.

²⁸ *Ídem*

²⁹ Barnes, Javier. “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de Administración Pública* N° 135 septiembre-diciembre, 1994, p. 501.

2. *La construcción del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*

Habiendo abordado las características del principio de proporcionalidad, considerándolo como una presente herramienta para la supresión de la arbitrariedad, deben hacerse algunas precisiones. García de Enterría, refiriéndose a la interdicción de la arbitrariedad, señala que “*la arbitrariedad no puede ser nunca un simple juicio subjetivo del juez (que obraría entonces sin fundamento objetivo y, por tanto, arbitrariamente él mismo) y que la vía normal de objetivarlo es el recurso resuelto a los principios generales del Derecho*”³⁰.

Debe decirse que, por la propia naturaleza del principio y de su método aplicativo (la ponderación), acogemos parcialmente esta postura de García de Enterría. Consentimos el hecho de que la arbitrariedad “*no debe ser un simple juicio subjetivo del Juez*”, no obstante, discrepamos en el hecho de que los principios generales del Derecho sean una manera de “objetivar” sus juicios, debido a que: (i) el Juez continúa siendo un ser humano, con lo cual, va a seguir siendo presa de sus sesgos, opiniones y apreciaciones particulares sobre la realidad, en donde los principios lo que hacen es orientar más que objetivar y (ii) este riesgo (el del subjetivismo y la consecuente arbitrariedad del Juez) es especialmente latente en el caso del principio de proporcionalidad, dado que su aplicación conlleva una omnipresente argumentación del Juez la cual, pensamos, no puede ser nunca objetiva del todo por su propia condición humana, por muy elaborada que sea. De todos modos, esta observación se sistematiza más adelante.

Como quiera que sea, para un mayor entendimiento del principio, debe decirse que el mismo se encuentra compuesto por el denominado *test de proporcionalidad*, el cual se integra por los subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En suma:

*“Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios que mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.”*³¹

Dicho esto, se pasa al desglose del test de proporcionalidad en los términos antes expuestos. Como se verá, la cobertura de protección de cada uno de estos principios se irá haciendo mayor cada vez que avance el test.

A. *El principio de idoneidad*

Primeramente, se debe abordar el principio de idoneidad. Así, el juicio que el operador jurídico ha de realizar al momento de examinar la idoneidad de un determinado acto administrativo se refiere al de verificar la adecuación entre los medios empleados por la Administración Pública para el caso concreto, y el fin que persigue la norma atributiva de competencias que da lugar a tal actuación de la Administración.

Tal como se desglosa de la cita anterior del maestro Alexy, se refiere a una optimización de las posibilidades fácticas, en medida de que consiste en “*una apreciación taxativa sobre la eficacia absoluta de la medida para conseguir un resultado*”³², siendo que sólo está abier-

³⁰ García De Enterría, Eduardo. “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota” en *Revista de Administración Pública* N° 124 enero-abril, 1991, Madrid, p. 226.

³¹ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 13.

³² Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 171.

ta la posibilidad de que exista, de acuerdo con el juicio de idoneidad, una medida manifiestamente desproporcionada, es decir, que no sea eficaz para el objetivo de la norma; palabras menos, no implica un juicio de gradación sobre la eficacia de la medida. En estos casos, la posibilidad argumentativa del Juez se ve bastante limitada, dado que ya se hizo referencia a que se trata de una apreciación taxativa, con lo cual, la cobertura tutelar tampoco es la más intensa.

Ahora, no debe confundirse el juicio de adecuación con la técnica de la desviación de poder, también de altísima relevancia para el control de los actos discrecionales de la Administración Pública, la cual se refiere al “*ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el Ordenamiento Jurídico*”³³, mientras, como se ha asentado, la idoneidad se trata de eficacia o ineficacia de unos determinados medios, empleados por la Administración, para la consecución de un determinado fin, verificar si la medida logra el fin o no, no se hace una valoración sobre si la potestad es ejercida con fines distintos a los del Ordenamiento.

Visto lo anterior, indudablemente, el Juez administrativo se ve en la necesidad de evaluar los hechos que justifican la medida, debido a que ha de examinar su apreciación y calificación, observar si se adecúan con la norma (la cual tendrá una determinada finalidad) y, en el caso de ver que la medida, desde la perspectiva de los hechos, no es eficaz para alcanzar los objetivos de la norma. Por ello se ha precisado que se trata de una optimización de posibilidades fácticas; en ningún momento pueden dejar de observarse los hechos.

Ahora, en este estadio, es prudente hacer referencia a la técnica del “*error manifiesto de apreciación*” aplicado al control de las potestades discrecionales de la Administración, desarrollada por el Consejo de Estado Francés, cuya relación se observa en casos de manifiesta desproporción, en donde juega un rol fundamental la apreciación de los hechos por parte de la Administración, a los efectos de determinar si tales circunstancias legitiman la medida adoptada³⁴ o si existe una desproporción razonada en un “*error manifiesto de apreciación*”, siendo que ello no se desliga del ideal vínculo entre la medida y la finalidad que ha de cumplir.

La decisión *Gomel* del 04 de abril de 1914 es una de las más representativas en la materia. El caso se ventiló en el contexto de la denegación de un permiso de construcción sobre un conjunto monumental, vistas las facultades discrecionales de la Administración para denegar el permiso de construcción sobre estas zonas, debiendo evaluar tanto la calificación de la zona como conjunto monumental y la afectación de la construcción sobre la misma. El Consejo de Estado vio que la denegación en este caso era inútil, dado que no cumplía con el fin de proteger el conjunto monumental, como lo había apreciado la Administración.

La técnica proviene del control de la calificación jurídica de los hechos, el cual permite “*determinar en qué consiste el hecho (I) y cuál es su alcance (II)*”³⁵ cuya relación con la

³³ González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, pp. 85-93.

³⁴ Barnes, Javier “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de Administración Pública* N° 135, Madrid, 1994, pp. 521-523.

³⁵ Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21° Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 230-242. No se debe confundir con la exactitud material de los hechos (arret Camino, 1916), dado que no consiste en la existencia del hecho, sino en su consistencia y alcance, es decir, su calificación jurídica, según indican los autores.

idoneidad se observa en cuestionar si la medida es idónea, considerando esos dos elementos. Todo ello viene dado bajo la idea de que “*«las facultades discrecionales llevan implícito el derecho a equivocarse, pero no el derecho a cometer un error manifiesto, es decir, patente y grave al mismo tiempo»*”³⁶.

Continuando con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en términos del principio de idoneidad, la famosa y polémica decisión *Madame Lambert* del 14 de febrero de 2014, cuyo pronunciamiento es ratificado en la Sentencia 2015/73 del 05 de junio de 2015, caso Lambert y otros contra Francia. El Consejo de Estado, en el contexto de las facultades de los médicos para interrumpir o limitar el tratamiento médico de una persona en estado de cuádrupleja e inconsciencia, evalúa la idoneidad (viéndola como sinónimo de la utilidad de la medida), indicando que no debían realizarse determinados tratamientos terapéuticos cuando los mismos fueran “*desproporcionados o inútiles*”³⁷. Esta es una aplicación del razonamiento propio de la idoneidad, aunque no en la manera más pura que se pueda exponer.

Ahora bien, a título ilustrativo, es relevante hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la Sentencia de 03 de febrero de 1982, Asuntos Acumulados 62/81 y 63/81, el Tribunal de Justicia, en el contexto de un conflicto entre dos sociedades mercantiles y el organismo de seguridad social luxemburgués, basado en la aplicación de una disposición del Código de Seguridad Social de dicho país, la cual implicaba que, en el caso de trabajadores extranjeros que no residían de manera permanente en Luxemburgo podrían obtener una exención de sus cotizaciones del seguro social.

Ahora, las sociedades mercantiles interpusieron un recurso de nulidad contra unas resoluciones que las declaran deudoras de la cuota patronal, dado su carácter discriminatorio y obstaculizador de la libre prestación de servicios públicos. En torno al planteamiento, con respecto a su adecuación al Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia ha expresado lo siguiente:

*“El Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro obligue a un empresario establecido en otro Estado miembro, que realiza obras en el primer Estado de forma temporal utilizando trabajadores nacionales de países terceros, a pagar la cuota patronal de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondiente a dichos trabajadores, cuando dicho empresario está obligado ya al pago de cotizaciones comparables por esos mismos trabajadores y por los mismos período de actividad con arreglo a la legislación de su Estado de establecimiento y las cotizaciones pagadas en el Estado en que se realiza dicha prestación no originan un derecho de dichos trabajadores a ventaja social alguna. Semejante obligación tampoco estaría justificada en caso de que tuviera por objeto compensar las ventajas económicas que el empresario haya podido obtener del incumplimiento de la normativa en materia de salario social mínimo del Estado en que se realiza la prestación.”*³⁸

En ese orden, se observa como el Tribunal, a pesar de no indicarlo expresamente, realiza un juicio de idoneidad en el presente asunto, dado que indica que tal previsión legal y, en este caso, las medidas adoptadas por la seguridad social luxemburguesa no son eficaces para

³⁶ *Ídem*

³⁷ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 1260-1283.

³⁸ Sentencia del 03 de febrero de 1982, Asuntos Acumulados 62/81 y 63/81, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

alcanzar sus propósitos. Esto se debe al hecho de que la medida ni sirve para mantener el seguro social del país ni tampoco para la protección de los trabajadores en cuestión³⁹.

Con respecto al fin al que ha de apuntar la medida, Cassagne es claro:

*“El fin elegido debe ser, en todos los casos, un fin que no colisione con la Constitución ni con los principios generales del derecho, sean de origen nacional o provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos.”*⁴⁰

Como se quiera, ya se ha afirmado que el juicio de idoneidad no atribuye al Juez un control tan intenso sobre los actos discrecionales, ya que se limita a observar la eficacia de una medida, sobre una determinada circunstancia, para alcanzar un fin específico; de hecho, Alexy sostiene que su relevancia práctica es baja y que siempre se procurará alcanzar los fines de una u otra manera, cumpliendo con la idoneidad, cosa que no ocurre con el principio de necesidad⁴¹.

B. *El principio de necesidad*

En segundo lugar, habiendo superado los parámetros del principio de idoneidad, es necesario avanzar al siguiente estadio: la necesidad. Sin mayores complicaciones, implica que se adopte la resolución menos restrictiva -en la medida de lo posible- para los intereses en cuestión. Ahora, la exigencia concreta del principio se traduce en que, entre dos medios igualmente idóneos (igualmente capaces de alcanzar la finalidad requerida) con respecto a una determinada situación de hecho, deberá ser elegido el menos lesivo, es decir, aplica el medio que intervenga menos las libertades involucradas⁴².

Del planteamiento establecido anteriormente, se deriva otro principio fundamental en el Derecho Público, especialmente fértil en el campo del Derecho Público Económico: el *principio de menor intervención*; sobre todo considerando que, en este ámbito, la Administración interviene sobre el interés general y, viendo la indeterminación jurídica del concepto y los poderes de la Administración, es necesario que la misma se vea limitada por este principio⁴³ que, a nuestro entender, es una formulación más del principio de necesidad.

Retomando la idea principal, este principio posee una sistemática profundamente comparativa. Sarmiento⁴⁴ esboza muy adecuadamente un iter para realizar el análisis de necesidad, el cual aborda las siguientes interrogantes; antes de desglosarlo, deben hacerse algunas precisiones sobre el alcance del principio, sobre todo considerando que el mismo se encuentra estrechamente ligado con la factibilidad de las medidas analizadas, considerando que la medida menos restrictiva va a ser no intervenir.

³⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 521-525.

⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos. “El principio de razonabilidad y la interdicción a la arbitrariedad” en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales: Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, coordinado por Brewer-Carías, Allan R. y Araujo-Juárez, José, Editorial Jurídica Venezolana International, Panamá, 2020, pp. 723-743.

⁴¹ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 14.

⁴² *Ídem*

⁴³ Reverón Boulton, Carlos “La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina” en *Revista de Derecho Público* N° 196-197, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 202, pp. 192-194.

⁴⁴ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 190-191.

Además, puede percibirse como el control del juez ya no se basa en un análisis objetivo, como en el caso de la idoneidad, sino que, por el contrario, atiende a las circunstancias subjetivas del caso, considerando la lesividad de las medidas teniendo como punto de comparación a la esfera subjetiva de los administrados involucrados en el caso concreto, con lo cual, su ámbito de control gana una ampliación significativa.

Habiendo proferido estas acotaciones, es pertinente observar cómo puede realizarse esta comparación entre medidas (tanto del recurrente, quien deberá probar la existencia de la medida menos lesiva, como del Juez). Las medidas deben: (i) ser capaces de conseguir el mismo resultado, es decir, ser igualmente idóneas, como ya se apuntó, (ii) no pueden imponer cargas o gravámenes sobre otros sujetos, debido a que, de lo contrario, generaría una incesante reacción en cadena bajo el mismo argumento, (iii) debe ser jurídicamente posible, con lo cual, se matiza todavía más el rango de medidas susceptibles de incorporarse al juicio de necesidad y debe ser (iv) la menos lesiva en medida de lo posible, es decir, si las circunstancias de hecho lo permiten, con lo cual, no basta la mera existencia de que exista una medida menos lesiva, sino que la misma debe ser realizable. Estos son los parámetros que Sarmiento considera que deben atenderse para comparar las medidas en el juicio de necesidad⁴⁵.

Ahora bien, como se ha indicado, al tener un grado mayor de intensidad y, con ello, una eficacia práctica superior, no puede dejar de citarse a la jurisprudencia del Consejo de Estado que sentó las bases de su aplicación al control de la discrecionalidad.

Como un hito de la jurisprudencia, se sitúa la decisión Benjamin del Consejo de Estado del 19 de mayo de 1933, la cual permeó a las subsiguientes decisiones de sus principios. El caso se desarrolla en el contexto del examen del Consejo de Estado contra dos decretos dictados por el alcalde de Nevers, en los cuales se prohibía la realización de una conferencia literaria que pretendía dictar el señor Benjamin en el marco de un programa de galas literarias organizadas por la Oficina de Turismo de Nevers, bajo el argumento de que la presencia del señor Benjamin en la ciudad podía ocasionar severas alteraciones al orden público⁴⁶.

Vistas, así las cosas, respecto del elemento que nos aqueja –el principio de necesidad–, el Consejo de Estado realiza un análisis de la intervención de la medida adoptada por el Alcalde de Nevers sobre la libertad pública de reunión. El Consejo indicó que la medida era legítima en el caso de que el alcalde no contara con otro medio eficaz para la conservación del orden público; no obstante, en este caso el Alcalde sí tenía la posibilidad de acudir a otros medios que conciliaran la libertad de reunión y el mantenimiento del orden público, siendo una medida contraria al principio de necesidad y, por lo tanto, desproporcionada⁴⁷.

Igualmente, de la mano del ya nombrado principio de menor intervención, cuyo planteamiento ya referido se adecúa con lo ocurrido en el caso Benjamín, debido a que el Consejo de Estado evaluó los hechos de una manera en la cual se preservara, a toda costa, la libertad de reunión, viendo a la intervención administrativa que, incluso siendo necesaria, debería mantenerse al margen.

⁴⁵ *Ídem*

⁴⁶ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 375-385.

⁴⁷ *Ídem*

De esa forma, también puede verse su vinculación con el principio de *favor libertatis*⁴⁸, siendo que, además, el principio de necesidad y el control judicial supeditado a este, se vuelve un mecanismo práctico para la efectiva realización de este principio.

Ahora bien, nuevamente, es conveniente otra revista a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre lo cual Barnes señala que es el “*criterio estelar*” de la jurisprudencia de proporcionalidad del Tribunal de Justicia⁴⁹.

En particular, de la sentencia del 15 de diciembre de 1976, asunto 41/76, caso Donckerwolke se encausa en el examen de unas sanciones impuestas por el Estado belga, fundadas en la normativa aduanera de este país, y su adecuación con el Derecho Comunitario, en especial, sobre la libre circulación de mercancías. En los párrafos 36, 37 y 38 de la sentencia, se puede apreciar el empleo del juicio de necesidad por parte del Tribunal:

“36. *que, además, el hecho de que el importador no respete la obligación de declarar el origen primero de una mercancía no puede dar lugar a la aplicación de sanciones desproporcionadas, habida cuenta del carácter puramente administrativo de la infracción;*

37. *que, a este respecto, sería claramente incompatible con las disposiciones del Tratado, por equivaler a un obstáculo a la libre circulación de mercancías, el decomiso de la mercancía o cualquier sanción pecuniaria fijada en función del valor de ésta;*

38. *que, de forma general, toda medida administrativa o represiva que exceda de lo estrictamente necesario, para el Estado miembro de importación, con el fin de obtener información razonablemente completa y exacta sobre los movimientos de mercancías sometidas a medidas de política comercial especiales, debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el Tratado;*”⁵⁰ (subrayado nuestro).

Además de todo ello, el Tribunal es claro con su criterio, al dejar asentado de manera explícita que las restricciones a las libertades deben verse con “*carácter residual*”, tal como se dispone en el párrafo 46 de la sentencia. Esto se conjuga con la cita anterior, debido a que hace referencia a que las medidas no han de exceder a lo “*estrictamente necesario*”, adecuándose con los enunciados del principio de necesidad (así como menor intervención y *favor libertatis*) previamente suscitados aquí.

Así, puede verse que los postulados de este principio proveen al Juez de poderes mucho más intensos para penetrar en los actos del Poder Público para controlar los actos del Poder Público, en especial, aquellos ejercidos en virtud de potestades discrecionales.

C. *Proporcionalidad en sentido estricto*

Ya superados los exámenes de idoneidad y necesidad en toda su extensión, queda la tarea de abordar el subprincipio restante: el de la proporcionalidad en sentido estricto.

Así, este principio se trata de “*analizar si el acto impugnado puede ser susceptible de un balance entre medios y fines, donde podrán ser valorados los beneficios del interés públi-*

⁴⁸ La formulación que se toma en el presente es la de Fernández Valverde, Rafael “El principio Favor libertatis” en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, coordinado por Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Editorial La Ley (España), pp. 799-835.

⁴⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 523-525.

⁵⁰ Sentencia del 15 de diciembre de 1976, asunto 41/76, caso Donckerwolke. Igualmente, 07 de noviembre de 1989, asunto 125/88, caso Nijman y del 20 de septiembre de 1988, asunto 302/86.

co y el coste del sacrificio individual”⁵¹. Ahora, como se apreciará en breve, alguna jurisprudencia del Consejo de Estado indica que ese balance no se realiza exclusivamente entre intereses públicos y privados, sino inclusive entre varios intereses públicos que susciten tensión o conflicto entre sí. Es en este principio en donde se puede observar una mayor intensidad de control por parte del Juez.

Ahora, como se hubo señalado oportunamente, los dos primeros elementos del principio –idoneidad y necesidad–, se referían a optimizar posibilidades fácticas, el presente se trata de una optimización de las posibilidades jurídicas, una vez que dos entidades entran en conflicto, los costos son inevitables, haciéndose necesaria la ponderación, según Alexy, hay una relación de identidad entre el principio y la que él denomina “ley de ponderación”, cuya base estriba en que “*Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁵².

Además, vale la pena prestar atención a una de las decisiones fundamentales en la construcción del control de la discrecionalidad a través de este principio. Se trata de la decisión del 28 de mayo de 1971 del Consejo de Estado francés. La famosa sentencia “*Ville Nouvelle Est*”.

Examinando el caso, la decisión se produjo con ocasión de una disputa en torno a una declaratoria de utilidad pública para la realización de un proyecto urbanístico, cuyo propósito era el de construir un complejo universitario para albergar a más de treinta mil estudiantes y una nueva ciudad de veinticinco mil habitantes. Para ello, era necesaria la expropiación y demolición de doscientas viviendas recién construidas (cantidad que fue reducida a la de 88), mientras⁵³.

Simultáneamente, la Administración descartó la posibilidad de desplazar los planos del proyecto, realizando la declaratoria de utilidad pública. Los recurrentes impugnaron la resolución contentiva de la declaratoria de utilidad pública, indicando que la demolición de estas viviendas era un precio demasiado elevado para el proyecto, sobre todo, considerando que podía evitarse con modificar los planos, añadiendo que ello privaba a la operación de su utilidad pública y que debía anularse⁵⁴.

Lo relevante del caso, es que, en materia expropiatoria, el Juez comenzó a observar las dimensiones del proyecto y no sólo si el mismo era de utilidad pública (al margen de sus dimensiones); era la primera vez que el Consejo de Estado, para examinar la utilidad pública, tomaba en cuenta las ventajas e inconvenientes de la operación, considerando elementos como los costes económicos, la injerencia en los derechos de propiedad o el coste social de la operación⁵⁵. En suma, se trataba de un análisis de costes-beneficios, de un balance de medios y fines, de acuerdo con las circunstancias del caso, de una aplicación del juicio de proporcionalidad. De cualquier modo, esta doctrina jurisprudencial se acentuó todavía más con lo que se denominaría principio de precaución⁵⁶.

⁵¹ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 206-207.

⁵² Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 15-16.

⁵³ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. “*Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*”, pp. 740-758.

⁵⁴ *Ídem*

⁵⁵ *Ídem*

⁵⁶ *Ídem*

En el Derecho Comunitario se emplea la figura del “principio de precaución” junto al juicio de proporcionalidad, ello en materia de protección medioambiental⁵⁷. Es esencial, en este campo, aludir a la decisión del 03 de octubre de 2008 del Consejo de Estado de Francia, en el contexto del caso “*Commune d’ Annecy*”, pudiendo verse como un complemento de la proporcionalidad en materia de riesgos graves de ocasionar perjuicios al medio ambiente⁵⁸.

Continuando el orden, no debe entenderse que la proporcionalidad en sentido estricto queda absorbida por la noción de ponderación, a pesar de que lo que deba hacer el operador jurídico es “ponderar la magnitud de los perjuicios que se irrojan sobre los interesados con el beneficio que genera su intervención sobre otros bienes o valores en juego”⁵⁹. Indudablemente, el operador jurídico en este juicio debe ponderar, pero teóricamente no es adecuada la confusión de ambas nociones; la ponderación es el método a través del cual se realiza ese “balance entre medios y fines” que implica el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De cualquier modo, vale la pena hacer referencia a la técnica ponderativa y su relación con el juicio de proporcionalidad.

La técnica de la ponderación en la proporcionalidad en sentido estricto

En primer lugar, se puede hablar de un elemento de tensión antes de sistematizar esta técnica, y esto viene con el propósito de la misma, el cual es, como se ha dicho anteriormente, la de orientar al operador jurídico en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

Entendido así su propósito, como una forma de dosificar el poder, colegimos con Sarmiento en el hecho de que, indudablemente, en estos supuestos se “delega un grado de discrecionalidad en el juez, y su reducción viene a través de criterios en la aplicación del ordenamiento”⁶⁰ (la ponderación, en este caso). Distinto a ello, una autorizada doctrina asevera que no existe aquí una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial⁶¹, ello viene dado por múltiples razones. Por ejemplo, dice García de Enterría:

*“(…)se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez.”*⁶²

⁵⁷ Hernández Peña, Juan Carlos “El principio de precaución” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, pp. 422-425.

⁵⁸ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 1153-1164.

⁵⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 526-529.

⁶⁰ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 206-208.

⁶¹ Estas tendencias pueden observarse desde NIETO, Alejandro “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria” en *Revista de Administración Pública*, N° 44, Madrid, 1964, pp. 147-162 y más recientemente en Brewer-Carías, Allan R. “*Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela*”.

⁶² García De Enterría, Eduardo “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública* N° 40, Madrid, 1963, pp. 199-200.

Partiendo de estas nociones y del supuesto apego a la justicia material que presuponen los principios generales del Derecho, Nieto concluye lo siguiente:

*“Creo que así ha quedado bien precisada la distinción entre discrecionalidad judicial, por un lado, que es invocación intuitiva o arbitraria a un mundo de valores, y, por otro, principios generales del Derecho, que actúan como una técnica de reducción de la discrecionalidad, mediante preceptos perfectamente objetivados.”*⁶³

Respetando su clara eminencia, discrepamos de estas opiniones de los maestros españoles. Nuestras razones, como anteriormente se asomaron, se sostienen sobre el gran peso que juega la argumentación por parte del Juez al momento de realizar el control por principios generales del Derecho; no sólo a través del principio de proporcionalidad, sino de los demás principios, debido a que el riesgo de subjetivación de los principios generales es una consecuencia directa del método ponderativo.

Ahora, con esto no quiere decirse que el control por los principios generales del Derecho y, en particular, por el principio de proporcionalidad, sean un despropósito; todo lo contrario, de hecho, son una adecuada racionalización del ejercicio del poder. Lo que sí quiere decirse es que el control practicado no es un control verdaderamente objetivo, ya que, en última instancia, es imposible despojar de manera absoluta al Juez de sus propias concepciones de la realidad y del Derecho, inclusive sin desembocar en arbitrariedad, se pone mucho peso en la independencia judicial y en la imparcialidad, olvidando la condición humana del Juez; en efecto se reduce la discrecionalidad judicial con el íter ponderativo como criterio de aplicación, pero sigue siendo discrecionalidad judicial.

Habiendo precisado lo anterior, para asentar todavía más estas afirmaciones, se requiere hacer un breve repaso por la práctica de la ponderación aplicada en el principio de proporcionalidad. Así, Alexy divide la que denomina “*ley de ponderación*”, en tres pasos, vista la colisión: (i) determinar el grado de interferencia en una entidad, (ii) comprobar la importancia de la entidad realizada y (iii) ver si la importancia de la entidad realizada justifica el perjuicio de la entidad interferida⁶⁴.

Es aquí en donde se sitúa el poder racionalizador de la ponderación, dado que, para alcanzar el balance pretendido en la proporcionalidad en sentido estricto, es necesario realizar estas operaciones, las cuales no implican sino la inversión de invertir los daños ocasionados a una entidad y convertirlos en beneficios de la entidad favorecida en la labor ponderativa⁶⁵. Ahora, el mecanismo empleado para determinar el grado de interferencia, la determinación de la importancia y si su correlación justifica una medida, no es otro que el de la argumentación.

Es así como, a través de argumentos, el Juez logra racionalizar sus exámenes a través del juicio de proporcionalidad. La determinación de estas intensidades viene dada por la adjudicación de escalas a las intervenciones, usualmente, en escalas triádicas para determinar si la intervención en las entidades que colisionan es leve, moderada o grave, por ejemplo⁶⁶. Empleando estas escalas, el Juez podrá argumentar el grado de la interferencia y realizar todo el ejercicio de ponderación sustentando sus decisiones con sus argumentos⁶⁷.

⁶³ Nieto, Alejandro. *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, p. 158.

⁶⁴ Alexy, Robert “Constitutional Rights, Balancing and Rationality” en *Ratio Juris*, Blackwell Publishing Ltd 2003 vol. 16, N° 2, 2003, pp. 131-140.

⁶⁵ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, pp. 208-221.

⁶⁶ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 16-17.

⁶⁷ *Ídem*

I. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. EL PAPEL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

De todo lo dicho anteriormente, es posible extraer una conclusión muy clara: el control de la discrecionalidad a través del principio de proporcionalidad depende, en toda su profundidad, de la argumentación del Juez. Por lo tanto, considerando que le es delegado cierto grado de discrecionalidad -aunque orientada por los parámetros de la proporcionalidad y la ponderación-, es imposible que haya un control efectivo sobre la Administración sin que haya un control efectivo sobre el Juez, sobre todo, en términos de garantizar su independencia e imparcialidad al momento de realizar este control.

Nuevamente, viene a cobrar importancia el tema fundamental de la independencia judicial; sencillamente, persiste la importancia de la tutela judicial efectiva -con todo lo que la misma supone-, como un elemento esencial del orden contencioso-administrativo, sin el cual, debe decirse, cualquier sistema de control de la Administración inútil. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 27 de febrero de 2018 (caso Associação Sindical dos Juizes Portugueses), indicó que *“la garantía de independencia es inherente a la misión de juzgar”*⁶⁸. De igual forma, el Tribunal expresó lo siguiente en su párrafo 41:

*“A efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, resulta primordial preservar la independencia de tal órgano, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente».”*⁶⁹

Así, quedó establecida la conexión de la tutela judicial efectiva (seminal en cualquier orden jurisdiccional) y la independencia judicial, lo cual conlleva a una relación directa con el control de la discrecionalidad por el principio de proporcionalidad; de hecho, una de las más cruentas consecuencias de la ausencia de independencia y del alto grado de importancia de la argumentación del Juez en el principio, es que un Juez parcializado (dentro de un sistema de justicia parcializado, claro está) puede, fácilmente, desfigurar al principio y emplearlo como un instrumento arbitrario.

De ese modo, todo lo dicho sobre las intensas conexiones entre el control de la discrecionalidad a través del principio de proporcionalidad y la necesidad de controlar la independencia judicial -así como la arbitrariedad judicial de cualquier género-, cobra mayor importancia cuando se toma en cuenta la siguiente observación de Barnes:

*“El principio de proporcionalidad constituye para el órgano jurisdiccional un parámetro de control más con el que contrastar la legalidad de los demás poderes públicos y no un criterio para revisar la actividad judicial misma. El principio se hace efectivo a través del juez, no contra él.”*⁷⁰

Al margen de los sistemas de responsabilidad por actividad jurisdiccional⁷¹, los cuales actúan como garantía de manera reactiva más no preventiva, cabe hacer miras a las tendencias actuales en el Derecho Comunitario. En particular, Krzywón, refiriéndose a las tenden-

⁶⁸ Párrafo 42 de la sentencia de 27 de febrero de 2018 del TJUE asunto C-64/16.

⁶⁹ Párrafo 41 de la misma sentencia.

⁷⁰ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 509-510.

⁷¹ Saavedra Becerra, Ramiro “El principio de responsabilidad por el hecho del legislador. El principio de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional” en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales*, pp. 853-860.

cias actuales para controlar la actividad jurisdiccional, considera esencial poner la vista en elementos como los nombramientos judiciales, el régimen de la jubilación, la responsabilidad disciplinaria y la remuneración a los fines de garantizar, preventivamente, el adecuado funcionamiento de la justicia.⁷²

De todas maneras, si bien es ingentemente plausible la evolución que se ha experimentado en el orden contencioso-administrativo en cuanto al control realizado mediante el principio de proporcionalidad, se considera igualmente relevante garantizar un modo de controlar al Juez, sobre todo, debido al cierto grado de discrecionalidad que se le otorga al mismo en su rol argumentativo, puesto que el problema no es sólo la parcialización, sino cualquier clase de arbitrariedad que pueda producirse en su juicio de proporcionalidad, al momento de realizar el balance entre los intereses públicos y privados involucrados. En suma, el Juez también puede producir actos “*contrarios a la justicia, la razón o la ley*”⁷³, ello inclusive dentro de los propios cauces del principio de proporcionalidad.

Aquí cabe caracterizar, de paso, el derecho a una buena administración. El derecho a una buena administración, ya bien desarrollado en Europa, constituye la versión positiva del principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad y dentro de ello se debe comprender que, como indica Fernández, “ *juzgar a la administración contribuye decisivamente a administrar mejor*”⁷⁴. Igualmente, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad no limita la arbitrariedad al trato discriminatorio, el principio de buena administración no se reduce a al trato equitativo e imparcial⁷⁵; no obstante, constituye un canal fundamental para alcanzar una mejor administración no sólo la imparcialidad de la administración, sino la del Juez al momento de juzgar a la Administración y, aunque no sea la única garantía, refuerza los controles sobre la actividad administrativa.

II. LA DESFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

Primero, se debe decir que el principio de proporcionalidad, pese a carecer de referencia expresa, posee rango constitucional dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano. Sobre ello, Badell Madrid enmarca al principio de proporcionalidad dentro del bloque de la constitucionalidad, como una consecuencia de que el mismo se encuentre de la mano de la idea de la justicia material y a determinar el peso de cada principio en un caso concreto⁷⁶.

En el mismo sentido, Segarra Valdivia indica lo siguiente:

⁷² Krzywon, Adam. “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho de Derecho Constitucional* N° 119, Madrid, 2020, pp. 85-117.

⁷³ Cassagne, Juan Carlos. “El principio de razonabilidad y la interdicción a la arbitrariedad” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, p. 741.

⁷⁴ Fernández, Tomás-Ramón. “El derecho a una buena Administración” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, p. 577.

⁷⁵ *Ídem*

⁷⁶ Badell Madrid, Rafael. *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, p. 505.

“En lo que respecta a la proporcionalidad, este principio representa una exigencia constitucional para la actividad -discrecional o no- de las Administraciones públicas y de los otros poderes públicos, que afecta la esfera de las personas, particularmente a la esfera de derechos y libertades fundamentales.”⁷⁷

Además, aunque no se nombre expresamente en el texto, puede decirse, como afirma Barnes en el caso alemán, que *“hunde sus raíces en la cláusula del Estado de Derecho”* y de *“justicia material, puesto que el concepto de proporcionalidad, en última instancia, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto –mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal– y de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder”⁷⁸.*

Es decir, el principio de proporcionalidad, en el caso venezolano, puede derivarse del espíritu del Artículo 2 del texto constitucional, al expresar que Venezuela se trata de un *“Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”*. De igual forma, como se verá, el Juez constitucional lo emplea regularmente para verificar la constitucionalidad de actos estatales en Venezuela⁷⁹.

Para efectos del presente, se ha dejado clara la sistemática del principio de proporcionalidad y sus aplicaciones. Con ello, se pretende hacer una breve exposición del carácter ficticio de este mecanismo de control de la discrecionalidad en el marco de un sistema de justicia parcializado, con el fin de demostrar que, por muy amplio que sea, en apariencia, el arsenal del administrado frente a la arbitrariedad, tal arsenal se ve inutilizado si no se cuenta con mecanismos reales para llevarlos a cabo.

Entonces, por causa de brevedad, no consideramos necesario establecer las tendencias clásicas u originales del principio de proporcionalidad en la justicia administrativa venezolana, la cual sigue la misma línea de la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, la cual traduce la ausencia de proporción en arbitrariedad y asienta que el acto discrecional no puede ser arbitrario⁸⁰.

Lo que sí parece prudente en este breve inciso, es observar algunas interpretaciones disonantes con los propios postulados del principio. Primero, se trae a colación la sentencia número 1.178 del 13 de agosto de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dado que la misma da luces de la retorcida y contradictoria interpretación del principio por parte del Tribunal Constitucional. En la misma, la Sala indica que *“el legislador cuenta con la libertad de escoger una solución entre varias, incluso una más limitativa que otra u otras. Lo que tiene prohibido es escoger una que anule por completo el derecho constitucional delimitado”*. Tal interpretación es contradictoria, dado que, si se considera a los principios como mandatos de optimización -como se ha hecho en el presente-, se debe tener en cuenta la necesidad de alcanzar los mayores niveles de satisfacción posibles; en ese sentido, la Sala Constitucional prescinde de los cánones del principio -así como de los juicios que el mismo contiene- y pretende abrir la posibilidad de optar por cualquier alternativa,

⁷⁷ Zegarra Valdivia, Diego. “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)” en *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006, p. 48.

⁷⁸ Barnes, Javier. *“Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”* p. 501.

⁷⁹ Tal es el caso de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 379 (07 de marzo 2007), n° 2152 (14-11-07) y n° 1178 (13-08-09).

⁸⁰ *Revista de Derecho Público* N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 172.

siempre que no anule por completo el derecho en cuestión, contrariando los estándares, sobre todo, del principio de necesidad (el cual, viendo las circunstancias de hecho, debe optar por la medida menos gravosa), así como el imperativo de realizar un balance de costes-beneficios en la proporcionalidad en sentido estricto. Básicamente, se prescinde de toda la racionalización, tratándose de una interpretación arbitraria y problemática del principio al separarse de la razón y la justicia material.

Los resultados de esta tendencia de interpretación pueden, por ejemplo, observarse en la sentencia número 1.172 del 20 de noviembre de 2018 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En el caso, la Contraloría General de la República inhabilitó a la ciudadana Cynthia Clarissa Ramírez Mora, para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Para un uso explicativo, la disposición indica que:

“Artículo 105.- La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá 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 (24) 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 (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes (...).”

Considerando el contenido de la disposición citada, el razonamiento del Tribunal consiste en que no hubo violación del principio de proporcionalidad, por cuanto la decisión impugnada *“no alcanza ni siquiera el término medio de la sanción prevista en el mencionado artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal cuyo límite máximo es de quince (15) años”*. Aquí se hacen patentes los riesgos del principio en contextos parcializados.

La Sala, para determinar la sanción, realizó un balance entre la interferencia que tuvo la conducta de la recurrente en el funcionamiento y transparencia de la Administración, frente a la intensidad de la sanción. El argumento del Juez parece reducirse a que la decisión es proporcional, sencillamente por el hecho de situarse por debajo del término medio, sin realizar un examen serio de la injerencia entre ambas entidades; además, la pobre aplicación del principio se extiende a que el Tribunal, intentando hacer ver la decisión como proporcional, no aludió al hecho de que la inhabilitación, en este caso, consiste en una anulación temporal del acceso a la función pública, sin considerar por qué se optó por la inhabilitación y no por la suspensión como sanción menos grave, aplicando un criterio puramente arbitrario, con tal de no anular completamente el derecho en cuestión⁸¹.

⁸¹ Similar en PA-TSJ 07-08-19 N° 00545 y Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 08-02-17 y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 07-04-16, ambas consultables en *Revista de Derecho Funcionario* N° 20-22 y 12-19, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017 y 2014-2016, pp. 159-160 y 186, respectivamente.

Finalmente, para dejar clara la superficial y conveniente aplicación del “principio de proporcionalidad” por los Tribunales venezolanos, vemos prudente traer la sentencia del 11 de octubre de 2018 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de justicia, en donde el juzgador considera que los estándares del principio se han cumplido, debido a que:

“De lo anterior se evidencia entonces que la Administración, una vez comprobada la falta cometida por la demandante, le impuso multa “equivalente a 6.056,25 Unidades Tributarias”, tomando en cuenta para ello los límites máximo y mínimo previstos en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, partiendo para su cálculo del término medio de esos dos extremos, y al constatar la presencia de dos circunstancias atenuantes como las descritas en el párrafo precedente, la redujo por debajo de la mitad, motivo por el cual en criterio de esta Sala no se incurrió en el presente caso en la violación al principio de proporcionalidad denunciado. En tal virtud se desecha dicho alegato. Así se establece.”

Sin entrar a examinar verdaderamente los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todos en la profundidad que fueron expuestos, aunque sea implícitamente, la Sala considera que el cálculo del término medio de la sanción basta para cumplir con lo requerido por el principio⁸². Claramente, no se observa aquí una optimización de posibilidades fácticas ni jurídicas, así como se observa una tergiversación del propio principio que, convenientemente, conlleva a que los Tribunales observen que rara vez hay violación a la proporcionalidad.

CONCLUSIONES

Finalmente, se han indicado tres claras conclusiones de lo expuesto anteriormente: (i) en el control a través del principio de proporcionalidad, el Juez no realiza un control objetivo, sino racionalizado, (ii) en este control, se realiza, en mayor o menor medida, una transferencia de la discrecionalidad de la Administración hacia el Juez y (iii) la independencia judicial y la argumentación jurídica son fundamentales para la verdadera efectividad del control.

En cuanto a la primera conclusión, distinto a lo de cierta doctrina, en el presente se sostuvo que el control a través del principio de proporcionalidad, en el caso de la discrecionalidad administrativa, no representa un control objetivo por parte del Juez. Al contrario, la postura defendida es aquella en la cual el principio, si bien racionaliza los razonamientos del Juez en donde no hay parámetros fijos ni una unidad clara de soluciones, puede ver su eficacia erosionada por los márgenes de subjetivación que subsisten.

Sobre la segunda conclusión, de la mano de la anterior, debe decirse que esos márgenes de subjetivación que subsisten, inclusive aplicando el test de proporcionalidad, confieren al Juez cierta carga discrecional para poder juzgar a la Administración; ello se debe al hecho de que, para el Juez -así como para la Administración-, no existe una única solución justa para el control, con lo cual, tampoco existe un margen de apreciación para sí. Además, esto que justificaba antaño la exención de control judicial de los actos discrecionales, ahora, viene a representar una intensa técnica de control, aunque debe concebirse más semejante a un control de equidad que a un control objetivo.

En lo que respecta a la tercera conclusión, considerando la relevancia y la consistencia del método de la ponderación, expuesto en este trabajo, junto al grado de discrecionalidad conferido al Juez para juzgar la proporcionalidad de la actuación administrativa, existe un

⁸² En sentido similar sentencias números 01666 del 29 de octubre de 2003, N° 01158 del 10 de mayo de 2006, N° 00977 del 1 de julio de 2009 y N° 00018 del 18 de enero de 2012.

alto riesgo de parcialización constante hacia los intereses generales. Con ello, cobran importancia tanto la independencia judicial (como parte de la tutela judicial efectiva) y una teoría argumentativa a la altura de un control que, ante todo, procura la realización de la justicia material, con lo cual, estos son los verdaderos aspectos para analizar en cuanto al control de la discrecionalidad por el principio de proporcionalidad.

En suma, como aval de todos estos riesgos se hace referencia, brevemente, al caso de los tribunales venezolanos. Lo que se procuró con ello fue observar que, si bien se reconoce que el principio de proporcionalidad ha sido una adecuada técnica de control de la arbitrariedad administrativa, el mismo también puede convertirse en un germen de arbitrariedad, con lo cual, no hay proporcionalidad que pueda examinarse verdaderamente si no existen tribunales independientes que no den lugar a un sistema de justicia ficticio.

ABANDONO DE CRITERIO EN CASO DE DESACATO AL MANDATO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Marizabel Fernández Suzzarini*

Abogada

Resumen: *La sentencia Nro. 0416 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en pro de la celeridad procesal y a fin de no desvirtuar el carácter extraordinario del amparo constitucional como garante de los derechos fundamentales, abandonó el criterio establecido en el caso “Joe Taouk Jajaa” en el supuesto de desacato al mandato de amparo constitucional, del envío del expediente, por el Tribunal de la causa a esta Sala para su consulta previa de viabilidad.*

Palabras Clave: *Desacato, amparo constitucional, expediente, celeridad procesal, protección de los derechos fundamentales, dilación, retardos, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*

Abstract: *Judgment No. 0416 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, for the sake of prompt proceedings and in order not to undermine the extraordinary nature of the constitutional protection as guarantor of fundamental rights, abandoned the criterion established in the “Joe Taouk Jajaa” dispute in the case of contempt of the constitutional protection order, of sending the file, by the Court of the cause to this Chamber for prior consultation on its viability*

Key words: *Contempt, constitutional protection, file, prompt proceedings, protection of fundamental rights, delay, delays, Organic Law of Protection of Constitutional Rights and Guarantees.*

En esta oportunidad, queremos comentar la sentencia líder, caso Pepsi-Cola Venezuela, C.A., emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el día 02 de agosto de 2022, mediante la sentencia Nro. 0416, en virtud de la denuncia de desacato del mandamiento de Amparo Constitucional efectuada por los ciudadanos Yornis de Jesús Rondón y otros contra la sociedad mercantil Pepsi-Cola Venezuela, C.A., por el presunto incumplimiento de la sentencia de fecha 3 de enero de 2020, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en la cual declaró con lugar la mencionada acción de amparo constitucional ordenando reponer a los mencionados trabajadores a su lugar de trabajo, en las mismas condiciones en las que venían desempeñando sus actividades laborales y el pago de los respectivos salarios caídos.

En vista de ello, la Sala decidió lo siguiente: 1. Declarar su competencia para conocer la acción propuesta, 2. Improcedente la solicitud efectuada en fecha 16 de mayo de 2022, por el apoderado judicial de Pepsi-Cola Venezuela, C.A., en la cual pidió que se declarara la pérdida del interés procesal u homologación y el cierre del expediente, 3. Ordenó la continuación

* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela.

del procedimiento de ejecución del mandamiento de amparo constitucional contenido en la sentencia del 3 de enero de 2020, dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, de conformidad con lo establecido en las sentencias números 138 y 245 de fechas 17 de marzo y 9 de abril de 2014, 4. Ordenó la publicación del fallo tanto en la Gaceta Oficial como en la Gaceta Judicial, y remitir copia certificada del mismo a la Asamblea Nacional a fin de discutir una posible reforma del Título IV de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en lo relativo al procedimiento de ejecución de sentencias.

El sumario de ambas Gacetas señaló lo siguiente:

“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que ABANDONA el criterio establecido en la sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019 y establece con carácter vinculante que no se requerirá a los Tribunales que conozcan de una denuncia de desacato al mandamiento de amparo constitucional conforme el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que remitan el original del expediente a esta Sala para su conocimiento previo”.

Este pronunciamiento fue publicado en la Gaceta Oficial Nro. 42.449

En relación al cambio de criterio establecido en la sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019, la Sala estableció lo siguiente:

“Una reflexión detenida de los lineamientos dictados por este órgano jurisdiccional en materia de ejecución de mandamientos de amparo constitucional, concretamente de los parámetros establecidos cuando la parte presuntamente agraviada denuncia el incumplimiento o desacato de tales órdenes, obligan a la Sala a abandonar el criterio acogido en sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019, caso: “Joe Taouk Jajaa”, según la cual se estableció con carácter vinculante la obligación de todos los Tribunales de la causa de remitir de manera inmediata el expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de desacato que se hubiere efectuado, con el objeto de que este órgano jurisdiccional dictaminara sobre la viabilidad de la misma de forma sucinta.

En la actualidad, han variado las circunstancias que originaron la variante jurisprudencial, encontrándose la Sala que esa primera consulta obligatoria con la cual se pretendió garantizar la búsqueda de una justicia idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y sin formalismos o reposiciones inútiles pudo haber generado retardos y dilaciones procesales que amenazaron la celeridad procesal, la brevedad y la eficacia de este medio extraordinario de protección de los derechos fundamentales. En efecto, tal consulta no solo impone a las partes la necesidad de trasladarse a la ciudad de Caracas para darle seguimiento a la causa, con los gastos adicionales que ello ocasiona, sino que representa la postergación de la orden de ejecución del amparo, lo cual no resulta acorde con los principios constitucionales de celeridad y economía procesal ni con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, debe indicarse que con la instauración de dicha consulta se pretendía impedir que el procedimiento de desacato pudiera ser empleado como mecanismo de presión, amenaza, coacción o apremio; sin embargo, de acuerdo con el criterio vinculante contenido en la sentencia de esta Sala N° 245 del 9 de abril de 2014, toda decisión judicial que declare el desacato e imponga la sanción de prisión establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser remitida para su consulta a este órgano jurisdiccional antes de ser ejecutada, por lo que la remisión previa de las copias certificadas del expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de incumplimiento que se haya realizado pierde sentido.

Con base en ello, esta Sala abandona el criterio establecido con carácter vinculante en sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019, por lo que a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial, los Tribunales que conozcan las denuncias de incumplimiento o desacato de los mandamien-

tos de amparo constitucional conforme el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no deben remitir a esta Sala el expediente para su consulta, manteniéndose vigente los criterios establecidos en sentencias números 138 de fecha 17 de marzo de 2014, referido a la convocatoria de una audiencia constitucional para determinar si hubo o no desacato, y 245 del 9 de abril de 2014, contentivo de la obligación de remitir en consulta *per saltum* a esta Sala Constitucional, copia certificada de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 *eiusdem*, antes de proceder a su ejecución.

De igual forma, vista la naturaleza de orden procesal del presente fallo y lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a partir de la publicación de esta decisión, todas las causas que cursen ante esta Sala Constitucional deberán ser remitidas a la brevedad a los Tribunales de la causa mediante auto en el cual no se examinará la favorabilidad a trámite de la denuncia de desacato que establecía la sentencia N° 145 del 18 de junio de 2019; en consecuencia, tales autos deben ordenar la continuación del procedimiento de ejecución del mandamiento de amparo constitucional conforme los criterios previstos en las sentencias números 138 y 245 de fechas 17 de marzo y 9 de abril de 2014, respectivamente.”

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

JURISTA GLOBAL

Víctor Rafael Hernández-Mendible
*Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
Universidad Monteávila*

Por iniciativa de la República Helénica, el 27 de octubre de 2004, se constituyó la Organización Europea de Derecho Público (EPLO), mediante un “*Acuerdo para el Establecimiento y Estatuto de la Organización Europea de Derecho Público*”. A través de este instrumento se erigió una organización internacional, de proyección global, con estatus de observador permanente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, con plena personalidad jurídica y con su propio gobierno, que en principio tendría por sede la ciudad de Atenas. Sin embargo, no fue sino hasta el 21 de junio de 2007 que la EPLO entró en vigor.

La razón para seleccionar esta sede inicial fue porque la EPLO es la prolongación institucional del Centro Europeo de Derecho Público (EPLC), que se había constituido en 1995, bajo las leyes de Grecia, para el estudio, la investigación y la formación en los distintos ámbitos del derecho público en Europa, en perspectiva nacional, comparada y europea.

La EPLO reconoce la importancia del derecho público y la gobernanza a nivel mundial, por lo que ha propuesto el fomento de la investigación científica, la educación, la formación y la contribución a la construcción de instituciones democráticas, de la promoción de los valores occidentales y de una nueva generación de abogados a nivel global.

Ahora bien, en 2019, en el seno de las Naciones Unidas se formuló la Iniciativa Mundial por el Estado de Derecho (*Global Rule of Law Initiative*). Luego ésta actuando en cooperación con la EPLO constituyeron una Comisión Global por el Estado de Derecho (*Global Rule of Law Commission*), que fue presentada en la ciudad de Nueva York, el día 14 de noviembre de 2022.

El objeto de la Comisión es desarrollar un concepto mundial e integral de Estado de Derecho, a partir del mutuo entendimiento y el diálogo de civilizaciones, con fundamento en los valores universales y la diversidad. A tal efecto la Comisión trabajará con todos los Estados y naciones existentes en la comunidad internacional y estará a su disposición para recibir información, apoyarles en temas de asesoramiento y experiencia en lo concerniente al Estado de Derecho.

Inicialmente, la Comisión Global por el Estado de Derecho estaría integrada por personas seleccionadas en función de sus grandes méritos y aportes a nivel global, que serían elegidas por la EPLO conforme al principio de representación geográfica y que desempeñarán las responsabilidades de manera honorífica. Es así como la Comisión la compondrán un presidente, un miembro honorario, tres por África, tres por Asia, seis por Europa occidental, dos por Europa oriental y tres por América Latina, el Caribe y el Pacífico.

La reunión inaugural de la Comisión tuvo lugar en la casa de Santa María, los días 10 y 11 de enero de 2023, en Cascais, Portugal, en la sede sucursal donde funciona la EPLO¹.

Ahora bien, ¿por qué debe interesar esta Comisión? y ¿quiénes son sus miembros?. La respuesta a la primera pregunta es que sin duda concierne a todos los juristas dedicados al estudio del Derecho Público y a la defensa del Estado de Derecho en cualquier lugar del mundo, -pero especialmente en la región de América Latina y el Caribe-, espacio geográfico en que éste vive bajo permanente amenaza, por lo que resulta de gran interés conocer de la existencia de la Comisión, saber lo que hace, enterarse de la información o declaraciones que produce y dar seguimiento a las resultas de su gestión.

En cuanto a la segunda interrogante, se debe mencionar que el destacado grupo de personas seleccionadas a nivel mundial para integrar esta Comisión inicial fueron los siguientes: Como presidente fue designado Giuliano Amato, quien fue presidente de la Corte Constitucional de Italia y primer ministro de la República de Italia.

Fue distinguido especialmente como miembro honorario Stephen Breyer, que fue magistrado asociado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

Los 17 miembros restantes en orden alfabético son: Susanne Baer, magistrado en la Corte Constitucional Federal, República Federal de Alemania; Allan Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, República de Venezuela; Josip Brkić, viceministro de Relaciones Exteriores de Bosnia y Herzegovina; Laura Chinchilla Miranda, fue presidente de la República de Costa Rica, vicepresidente del Club de Madrid y copresidente del Think tank Diálogo Interamericano; Lúcia da Luz Ribeiro, presidente de la Corte Constitucional de la República de Mozambique; Luis María Díez-Picazo, magistrado del Tribunal Constitucional, Reino de España; Carlos Feijó, profesor de la Universidad Agostinho Neto, República de Angola; David Feldman, profesor emérito de la Universidad de Cambridge, Reino Unido; Jorge Carlos Fonseca, fue presidente de la República de Cabo Verde; Ana María Guerra Martins, profesora y magistrado de la Corte Europea de Derechos Humanos; Pan-Suk Kim, profesor del Colegio de Gobierno y Negocios de la Universidad Yonsei, República de Corea; Gilmar Mendes Ferreira, magistrado del Supremo Tribunal Federal, República Federativa de Brasil; Raychelle Omamo, embajador SC, EGH, fue secretario del Gabinete de Asuntos Exteriores, República de Kenya; Marisol Peña Torres, directora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, República de Chile; Wojciech Sadurski, profesor de la Universidad de Sydney y del Centro para Europa de la Universidad de Varsovia, República de Polonia; Mikheil Sarjveladze, presidente de la Comisión de Derechos Humanos e integración civil del Parlamento de la República de Georgia; y Vishnu Varunyou, magistrado vicepresidente del Tribunal Administrativo Supremo, Reino de Tailandia.

Tal como se puede apreciar de lo expuesto, la noticia coincidió con la tradición novembrina desde hace 83 años, en que el profesor Allan R. Brewer-Carías celebró su cumpleaños y al día siguiente -estando dentro de ese período que en Venezuela se conoce como la "octavita"-, recibió la buena nueva de que había sido designado por la EPLO, como uno de los integrantes de la Comisión Global por el Estado de Derecho (*Global Rule of Law Commission*).

¹ El desarrollo de esta jornada que tuvo una duración de cincuenta y tres minutos puede verse enteramente, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=nHoB4u7qX9E>

El extraordinario nombramiento del profesor Brewer-Carías entre tantos juristas de todo el mundo constituye una razón de profunda satisfacción para él, su familia y los verdaderos amigos, así como para los colegas abogados, profesores universitarios y académicos de distintas latitudes, con los que él ha interactuado durante más de seis décadas.

Además, que esta designación haya recaído en él como venezolano y ucevista, -tal como siempre se presenta-. es causa de especial orgullo para todos los venezolanos. En las actuales circunstancias viene a configurar un nuevo reconocimiento a toda una vida consagrada al estudio, la investigación y la impartición de clases de Derecho Público en las universidades nacionales (Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Católica del Táchira) e internacionales (Cambridge, París, Columbia, Rosario y Externado) y a la lucha por el Estado democrático de Derecho, en cualquier lugar en que sus conocimientos son requeridos y valorados.

También es motivo de honda alegría recibir esta noticia, por quienes hemos tenido el privilegio de colaborar con el profesor Brewer-Carías al emprender más de una aventura académica y editorial, aprender tanto de su obra publicada como de la no escrita y del ejemplo que permanentemente brinda con su desempeño. Esta designación constituye una especie de recompensa de la comunidad internacional al trabajo infatigable, a la disciplina y al rigor que ha caracterizado su vida, que han sido objeto de múltiples distinciones y que ahora ve coronada con este reconocimiento global, que le suma un compromiso adicional a los que ya tiene.

No quiero finalizar estas palabras, sin antes agradecerle al profesor Brewer-Carías por todo el trabajo, el apoyo desinteresado y la generosidad que ha practicado, lo que ha permitido abrir las puertas académicas y profesionales de muchos de los abogados y profesores venezolanos en el exterior, tal como lo he podido constatar durante los últimos veinticinco años en ambos continentes.

Enhorabuena y éxitos en la nueva y a la vez tradicional responsabilidad global que asume: la defensa del Estado democrático de Derecho².

² Brewer-Carías, Allan, Principles of the Rule of Law State. Historical Backgrounds, Texto de la exposición en la primera reunión del Global Rule of Law Commission, EPLO, Cascais, 11 de enero de 2023. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/01/Brewer-Carias.-Principles-of-the-Rule-of-Law-.Historical-Approach-January-2023.pdf>

