

Fernando Parra Aranguren • Armando Rodríguez García
Editores

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II



LIBRO HOMENAJE
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,
20 años Especialización
en Derecho Administrativo

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje No. 2
Caracas / Venezuela, 2001

Estudios de Derecho Administrativo

Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,
con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización
en Derecho Administrativo

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las opiniones emitidas en este libro, éstas son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,
con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización
en Derecho Administrativo

TOMO II

Serie Libros Homenaje • Número 2
Director: Fernando Parra Aranguren

© Tribunal Supremo de Justicia

Hecho Depósito de Ley
Depósito legal lf51820013401657
ISBN 980-6487-05-2

Impresión: Imprenta Nacional
Impreso en Venezuela / *Printed in Venezuela*

Fernando Parra Aranguren • Armando Rodríguez García
Editores

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II



LIBRO HOMENAJE
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,
20 años Especialización
en Derecho Administrativo

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje No. 2
Caracas / Venezuela, 2001

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

AUTORIDADES

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. José Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
*Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Rafael Pérez Perdomo
Presidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

Contenido Tomo II

YOLANDA JAIMES GUERRERO

El derecho a la jubilación de los jueces (Reinterpretación del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial del 23-01-99) 11

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ MENDIBLE

El Derecho Administrativo en la sociedad de la información (Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática) 23

RUBÉN LAGUNA NAVAS

El Amparo Sobvenido 61

SALVADOR LEAL W.

El régimen de concesiones públicas 71

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO

La educación en el Texto Constitucional 91

JOSÉ MENDOZA ANGULO

Democracia, Descentralización y Participación Ciudadana 121

HADEL JOSÉ MOSTAFÁ PAOLINI

Los recursos administrativos y la vía administrativa como garantía del administrado 145

LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ

La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999 149

RAFAEL ORTIZ-ORTIZ

La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia 209

Parejo Alfonso, Luciano
Universidad Carlos III, Madrid, Catedrático de Derecho Administrativo

Peña Solís, José
Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular. Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Emérito

Pimentel Henríquez, Maria Gabriela
Universidad de Carabobo, Abogada *Magna cum Laude*, N° 1 de la Promoción, Docente Instructor de Derecho Administrativo. Universidad Santa María, Especialista en Derecho Administrativo, N° 2 de la Promoción, Universidad Católica Andrés Bello, Especialista En Derecho Administrativo N° 2 de la Promoción. Universidad de Richmond, T.C. Williams School of Law, International Business Law

Rodriguez-Arana, Jaime
Instituto Nacional de Administración Pública, España, Director. Universidad de la Coruña, Catedrático de Derecho Administrativo

Rodriguez García, Armando
Universidad Central de Venezuela, Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo, Profesor de Derecho Administrativo

Soto Hernández, María Eugenia
La Universidad del Zulia, Abogada y Doctora en Derecho, Premio al Rendimiento Académico (1998). Profesora e Investigadora adscrita a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público (desde 1995). Universidad Católica Andrés Bello Magíster en Derecho Administrativo, *Summa cum laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Comisión Nacional del Sistema para el reconocimiento de Méritos a los Profesores de las Universidades Nacionales: Profesor Meritorio Nivel III (2001).

Suárez, Jorge Luis
Universidad Complutense, Madrid. Tesis Doctoral defendida el 4 de abril de 2001. Sobresaliente Cum Laude por unanimidad. Universidad Católica Andrés Bello, Investigador Centro de Investigador Centro Investigaciones Jurídicas. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Derecho Administrativo.

Tavares Duarte, Fabiola del Valle

Abogada, Magíster Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público, Mención Derecho Público, Doctora en Derecho. La **Universidad del Zulia (LUZ)**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Docente e Investigadora adscrita al Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público (IEPDP).

Urdaneta Fontiveros, Enrique

Universidad Católica Andrés Bello y **Universidad Monteávila**, Profesor de Derecho Civil

Urdaneta Troconis, Gustavo: **Universidad Central de Venezuela** y **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ex Magistrado.

Villegas, José Luis.

Doctor en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo. **Universidad Católica del Táchira**, Profesor de Derecho Administrativo, pre y postgrado. *Revista Tachirensis de Derecho*, Director.

El derecho a la jubilación de los jueces (Reinterpretación del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial del 23-01-99)

YOLANDA JAIMES GUERRERO*

I. INTRODUCCIÓN

EN NUESTRO CONCEPTO y en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho al trabajo y los derechos derivados de la relación laboral gozan de una protección reforzada dentro del esquema del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia claramente consagrado en el texto constitucional en su artículo 2.

Al analizar un conjunto de disposiciones allí contenidas como las que de seguidas enunciamos, no cabe la menor duda de lo afirmado en el párrafo anterior. Veamos: La norma del artículo 87 señala la existencia del trabajo como *derecho*, es decir, como un poder o facultad que tiene el hombre y la mujer de acceder a una actividad u ocupación que les dote de la posibilidad de una vida digna. Pero además lo consagra como un *deber* lo cual lleva a la obligación de asumirlo como tal. Es la consagración del derecho y el deber de trabajar. El artículo 88 garantiza la igualdad y la equidad de todos en el ejercicio del derecho al trabajo. De igual manera, el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el derecho de protección al trabajo, calificándolo expresamente como un *hecho social* que goza de protección estatal y que además del sistema de principios y valores fundamentales a que se encuentra sujeto, también se rige por ciertos principios específicos consagrados en el mismo artículo 89, a saber:

* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Magistrada. Universidad Central de Venezuela, Profesora Titular.

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.
2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.
3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia a varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

Como podemos observar, la protección al trabajo se fundamenta en estos principios de intangibilidad y progresividad de los derechos, en su carácter irrenunciable y en la interpretación más favorable. Si a ellos unimos la previsión constitucional de anular todo acto del patrono contrario a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prohibición del trabajo de adolescentes en labores que afecten su desarrollo y la prohibición de todo tipo de discriminación (por sexo, edad, etc.), nos hallamos en presencia de una diáfana política de protección al trabajo.

He allí un mandato expreso del constituyente a los órganos que ejercen el Poder Público, de procurar la efectividad de las normas constitucionales cuya supremacía está contemplada en el artículo 7, y por tanto de los derechos laborales, lo cual permite precisamente el funcionamiento del Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, imperativo éste que el Legislador Nacional, siguiendo las directrices del constituyente, ha venido desarrollando con respecto a la legislación laboral. En concreto, la reciente *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral*, publicada en la Gaceta Oficial de fecha 23 de enero de 2001, cuya vigencia quedó diferida, conforme a lo dispuesto en su artículo 190, a partir del 1° de julio del año 2001, dispone todo en su artículo 2: la responsabilidad del Estado de garantizar a los habitantes de la República el derecho constitucional a la seguridad social.

Asimismo, la referida Ley Orgánica establece los principios generales conforme a los cuales ha de regirse todo el Sistema de Seguridad Social Integral, entre los que destacan: La Universalidad, la Solidaridad, la Integralidad, Unidad, Participación, Autofinanciamiento y Eficacia, todos ellos expuestos en el artículo 4 de la Ley en cuestión.

Por otra parte, la Ley N° 13. *Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 426*, con rango y fuerza de Ley que regula el Subsistema de Pensiones (Véase

la Gaceta Oficial N° 37.125 de fecha 23-01-01) publicada en la Gaceta Oficial de fecha 25 de enero de 2001, establece también en el artículo 50, que las jubilaciones y pensiones de los trabajadores al servicio del Estado serán regulados en una ley especial de carácter orgánico, atendiendo, precisamente, a estos principios rectores que establece la citada Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral.

En consecuencia, el Legislador Nacional tiene ya establecidos los límites constitucionales y sus propios límites conforme a los cuales deberá dictar el ordenamiento jurídico especial que ha de regular el régimen de las jubilaciones y pensiones del personal al servicio del Estado.

Por otra parte, este cometido esencial del Estado permite señalar sin duda alguna la incorporación de Venezuela a la corriente del Constitucionalismo Social, el cual apunta a la búsqueda de aspectos básicos esenciales a la condición humana como son, entre otros, el bienestar social, la seguridad y protección de los derechos laborales, que permitan al ser humano disfrutar de una vida plena. Así concebido el Estado, su finalidad esencial será la persecución del bienestar de sus gobernados y gobernadas, su protección integral. En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica una disposición especial, la contenida en el artículo 80, para garantizar a los ancianos y ancianas «el pleno ejercicio de sus derechos y garantías» y en especial los beneficios de la seguridad social, incluyendo las pensiones y jubilaciones, que eleven su calidad de vida.

En este contexto, el *Estado Social* atribuye al aspecto social mayor importancia frente al aspecto individual, precisamente por la introducción en el Texto Fundamental de los principios y valores de la dignidad de la persona humana, de la solidaridad, de la justicia social, sustentadores de los derechos humanos. En consecuencia, *el Estado deja de ser un mero interviniente pasivo en las relaciones sociales, para comprometerse activamente*. En otras palabras, el Estado Social y de Justicia tiene como finalidad primordial el bienestar y la felicidad material de las personas.

En el mismo contexto, la *Exposición de Motivos* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

...Se define la organización jurídicopolítica que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad. Los principios de solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley,

convirtiéndole, entonces, en un Estado de Derecho. Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático. *Estado social y democrático comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia...*

Como bien lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 06 de febrero de 2001, la Exposición de Motivos «...no posee carácter normativo...», pero «...constituye una expresión de la intención subjetiva del Constituyente y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma...».

En España, la Constitución de 1978, en su artículo 1º consagra también el Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido, el Tribunal Constitucional de ese país ha precisado que esta finalidad general del Estado se concreta en dos consecuencias fundamentales:

La *primera*, referida al reforzamiento de la protección jurídico-constitucional de los débiles. Esto no significa que cualquier poder sobre otra persona sea siempre antijurídico, pero sí excluye que su poder goce de una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales.

La *segunda*, consecuencia del alcance del principio social como referencia social de los derechos fundamentales se refiere a la interpretación del principio de igualdad. Así las cosas, la igualdad que debe perseguir un Estado Social no es una igualdad meramente formal. De nuevo hay que tener en cuenta la situación real de los afectados para entender el principio de igualdad más bien como igualdad material.

La Constitución de Colombia de 1991, consagra también este cometido esencial del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Igualmente el Tribunal Constitucional de este país se ha pronunciado precisando lo siguiente:

El pago puntual de las obligaciones laborales a cargo de las entidades públicas, independientemente de su origen, *es un deber del Estado que adquiere mayor relieve por su carácter social*, y por estar positivamente fundado en el trabajo y la dignidad humana como valores superiores. (Sentencia C-555 de fecha 02-12-1993. Ponente: Eduardo Cifuentes). (Cursivas nuestras).

Estas consideraciones nos orientan y conducen a centrar la problemática que deriva de la Ley de Carrera Judicial en lo que respecta a la negativa del reconocimiento del derecho a la jubilación a los jueces que se hallen dentro del supuesto normativo del artículo 41 de esa Ley.

II. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE CARRERA JUDICIAL (VIGENTE DESDE EL 23-01-99)

Analicemos el propio texto legal:

Artículo 41. El derecho a la jubilación, con disfrute del noventa por ciento del salario, se adquiere cuando el juez haya alcanzado la edad de sesenta años si es hombre, o de cincuenta y cinco, si es mujer, siempre que hubiere cumplido por lo menos veinticinco años de servicio público, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo.

Los que hubieren cumplido treinta años, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo, podrán jubilarse con disfrute del ciento por ciento del salario. Los jueces jubilados podrán ser nuevamente designados en los términos establecidos en la Ley, sin necesidad de concurso de oposición, en cuyo caso se suspenderá su jubilación mientras ejerce su función como juez. *No tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley, o que hubieren renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra.* (Cursivas nuestras)

La primera cuestión a precisar es la jubilación concebida como un *derecho* que se perfecciona luego del cumplimiento de ciertos requisitos como son la edad y la antigüedad en el ejercicio del cargo, tal como lo consagran los artículos 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 41 de la Ley de Carrera Judicial.

Sin embargo, destacamos de manera especial la parte final del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial que establece: «No tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley», puesto que ello amerita algunas precisiones.

Tal vez la más contundente se refiere a la negación que se hace en esta parte final del citado artículo 41, el cual viola principios constitucionales como el contenido en el numeral segundo del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estatuye la *irrenunciabilidad* de los derechos laborales, entre los cuales se encuentra el derecho a la jubilación. Por otra parte, es oportuno recordar que aun con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han determinado y precisado reiteradamente, que estos derechos laborales son *derechos adquiridos*, es decir, que entran de inmediato y de pleno derecho en la esfera patrimonial de la persona.

En el asunto que estamos analizando, *el derecho a la jubilación de los jueces es un derecho constitucional irrenunciable y adquirido* que surge como consecuencia de la relación laboral, una vez cumplidos los requisitos de edad y antigüedad o tiempo de servicio en el trabajo previstos en la Ley de Carrera Judicial en concordancia con la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia recaída en el caso: *Yolanda Margarita Rojas de Barreto vs. CANTV*, precisando lo siguiente con respecto a la irrenunciabilidad del derecho a la jubilación:

...Ahora bien, en conformidad a la interpretación de los artículos 85 de la derogada Constitución de la República de Venezuela, 89 numeral 2° de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 3, 10, 59 y 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, referentes a que en ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores sin que ello excluya la posibilidad de conciliación o transacción bajo ciertos requisitos, que las normas de la ley son de orden público y que en caso de conflicto de leyes prevalecerán las del trabajo, aplicándose la norma en toda su integridad y al principio de equidad y a los principios constitucionales establecidos en el artículo 89, ordinales 2 y 4 en cuanto a la irrenunciabilidad de los derechos y la nulidad de cualquier acuerdo o convenio que implique tal renuncia y a la nulidad de toda medida o acto del patrono contrario a dicha Constitución, debemos concluir que la jubilación es irrenunciable, pero como es sabido, la acción para el ejercicio de cualquier derecho, independientemente de su condición, es prescriptible si no se ejerce en el tiempo establecido por la ley, salvo las excepciones, y así se decide...

Como síntesis y corolario de las anotaciones hechas, podemos afirmar que el artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial es *inconstitucional* al preceptuar que «...no tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley...», pues con ello se vulneran directamente los dispositivos constitucionales anteriormente referidos.

Igualmente el citado artículo viola flagrantemente el principio constitucional *non bis in idem* o principio de exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos y fundamentos, o lo que es lo mismo, prohibición de condenar dos veces a un sujeto por un mismo hecho o infracción.

En conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, el principio no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridad del mismo orden, contempladas desde perspectivas diferentes (como ilícito penal y como infracción administrativa), pero sí se prohíbe que autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionen la misma conducta.

Al examinar el comportamiento jurisprudencial de otros países, observamos posiciones tan precisas como la sostenida por el Tribunal Constitucional de España al señalar lo siguiente:

La aplicación tradicional del principio (al supuesto de duplicidad de sanciones penales y administrativas) no impide que pueda ser invocado en el caso de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mis-

mo delito fuera objeto de sanciones condenatorias distintas... (STC 66/1986 de 23 de mayo).

...El principio impide sancionar doblemente por un mismo delito. La imposición a un sujeto por idéntica acción delictiva de una sanción penal principal doble o plural, contradiría a la par el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción... (STC 154/1990, de 15 de octubre).

Es conveniente señalar que la doctrina ha confirmado la posibilidad de imponer dos sanciones, una penal y otra administrativa, como consecuencia de la comisión de un hecho por un funcionario, cuando a la vez tenga la consideración de ilícito penal y administrativo. Pero es indispensable advertir que una mecánica utilización de esta posibilidad, sin duda llevará a una vulneración o quebrantamiento del principio *non bis in idem*.

De ahí que la tendencia actual, en el contexto del modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia venezolano, es fijar límites a la indiscutible potestad sancionadora de la Administración sobre sus funcionarios. En ello va envuelta la idea del respeto al principio *non bis in idem*, mediante una interpretación que encierre la necesidad de definir si los hechos que dieron lugar a la apertura de un procedimiento administrativo han sido considerados por la jurisdicción penal como constitutivos de delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, o bien de los cometidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo y con base en ellos también se tramita una acción penal. En este caso la Administración deberá abstenerse de iniciar o continuar conociendo de dicho procedimiento sancionador, según impone expresamente el precepto. *Además tampoco podrá reanudar e imponer ninguna sanción disciplinaria duplicando la pena judicialmente señalada.*

En este contexto, es evidente la inconstitucionalidad en que se incurre al aplicar el artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, por cuanto preceptúa la imposición de una doble sanción disciplinaria: Por una parte, la destitución, y por la otra, la pérdida de los beneficios del derecho constitucional a la jubilación, todo ello con fundamento en los mismos hechos imputables a una persona, estando ambas sanciones de carácter disciplinario en un mismo texto normativo.

Con respecto a esta situación, el mencionado Tribunal Constitucional Español, en Sentencia de 3 de octubre de 1983, ha precisado lo siguiente:

El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, *cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos*, y en cada uno de ellos

ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, *el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueden producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes.* (Cursivas nuestras.)

De manera semejante, y para referirse a la debida adecuación y proporcionalidad que debe mantener la Administración al momento de aplicar sanciones disciplinarias y en ejercicio de su potestad revocatoria, así como el exceso y abuso de poder, inconstitucional por demás, en que la misma incurre al duplicar las sanciones administrativas en virtud de los mismos hechos, conforme a un mismo procedimiento y con fundamento a una misma disposición legal, en Venezuela el Tribunal de Carrera Administrativa, en sentencia del año 1972, establecía:

Sancionado disciplinariamente un funcionario en base a un hecho que se le imputa, la administración no puede revocar su propio acto para hacer una vulneración más severa, por cuanto esto colocará al empleado en una total situación de indefensión frente al jerarca. La Ley de Carrera Administrativa ha recogido el espíritu de estas consideraciones por cuanto hace una graduación de las sanciones considerando que la más ligera está constituida por la amonestación verbal y en orden creciente de gravedad le sigue la amonestación por escrito, la suspensión y la destitución. *La potestad revocatoria de la administración podría ser ejercida para atenuar la gravedad de una medida, o para revisar un acto, cuando existen nuevos elementos susceptibles de modificarlo.* En esta última hipótesis se tratará de las circunstancias *sobrevinientes o de hechos desconocidos para la administración en el momento en el que el acto fuera emanado. De no mediar las circunstancias anteriores, la administración no puede aplicar dos sanciones disciplinarias por un mismo hecho...* (Cursivas nuestras).

III. CONCLUSIONES

En definitiva afirmamos, sin lugar a dudas, que la parte final del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, niega el derecho de jubilación a los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo a la Ley o hubieran renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra, lo cual supone se les ha cercenado ese derecho. Ello sin duda constituye una ostensible y flagrante violación de los contenidos esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que imponen, entre otros, una vinculación entre la realidad social, las normas de derecho y la justicia aplicable, lejos de especulaciones y formalismos.

De allí que al desconocer *derechos irrenunciables y adquiridos* de los jueces, derivados de su relación laboral al cumplimiento del tiempo exigido por antigüedad, se quebrante ese Estado Democrático y Social. En consecuencia, la Administración, bajo estos términos, incumple la función de

garante de la constitucionalidad previsto en el artículo 7 de la Carta Fundamental, y tampoco garantiza la tutela reforzada de que es objeto el derecho al trabajo y demás beneficios laborales previstos en aquélla, como el derecho a la jubilación, consagrado en los artículos 80 y 92 *eiusdem*.

Así, la aplicación de la parte final del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, viola con creces el contenido del principio *non bis in idem*, al imponer una pena a los jueces como es la pérdida de la jubilación originada por su destitución, lo cual configura una doble sanción con apreciación de los mismos hechos y con fundamento en la misma disposición legal.

Por otra parte, esta disposición resulta también inconstitucional puesto que aun en el caso de aplicarse sólo la sanción de destitución del juez prevista en algunas de las causales establecidas en el artículo 40 de la Ley de la Carrera Judicial, se quebrantarían principios constitucionales específicos que tutelan las relaciones laborales previstas en el artículo 89 de la Constitución vigente, específicamente el referido a la jubilación que es un *derecho irrenunciable*, cuya progresividad e intangibilidad ninguna ley puede alterar. Por el contrario, como se viene exponiendo, en esa misma ley, en su artículo 41, parte final, expresamente consagra la pérdida del derecho a la jubilación como consecuencia de la destitución. No obstante, el Texto Fundamental impone la necesidad de *interpretar y reinterpretar* toda norma de naturaleza laboral, con base en esos principios que aquel estatuye, o hacerlo de la manera más favorable al trabajador: principio «*pro operario*».

IV. PROPOSICIONES

Como consecuencia de todo cuanto hemos sostenido anteriormente, se impone entonces por inconstitucional, la inaplicación de la parte final (*in fine*) del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, que establece: «...No tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley, o que hubieren renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra...». Esa inaplicación debe hacerse en todo tipo de proceso que se inste ante cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación al control difuso de la constitucionalidad que debe ejercer este Máximo Tribunal de conformidad con el párrafo 2º del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, no debe haber duda: Si un juez es sancionado con medida de destitución, él deberá tener derecho a la jubilación, en aquellos casos, por haber cumplido los requisitos de antigüedad o tiempo de servicios previstos en la primera parte del citado artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial.

Es preciso recurrir a varias vías para encontrar *solución a este planteamiento*, una de ellas es solicitar a la Sala Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el último aparte del artículo 334, en concordancia con el numeral 1° del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *que por vía del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, declare la nulidad de la parte final del artículo 41 de la citada Ley*: «No tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley, o que hubieren renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra», por colidir con lo dispuesto en los artículos 80, 86 y 89 *eiusdem*.

Otra, solicitar a la Sala Plena del Máximo Tribunal del país, inste a la Sala Constitucional para *que por vía de control difuso, con ocasión de conocer y decidir un caso en concreto* (artículo 334, párrafo primero de la Constitución) *reinterprete vinculantemente e inaplique la referida disposición del artículo 41* por ser contraria a la Carta Fundamental.

Por consiguiente, debemos ir hacia la reinterpretación de la tantas veces mencionada disposición de la Ley de Carrera Judicial que ha sido objeto de estos comentarios, por lo cual consideramos se debe eliminar la parte *in fine* del artículo 41 y dejar su redacción expresada en los siguientes términos:

Artículo 41. El derecho a la jubilación con disfrute del noventa por ciento del salario, se adquiere cuando el juez haya alcanzado la edad de sesenta años, si es hombre, o de cincuenta y cinco años si es mujer, siempre que hubiere cumplido por lo menos veinticinco años de servicio público, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo. Los que hubieren cumplido treinta años, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo, podrán jubilarse con disfrute del ciento por ciento del salario. Los jueces jubilados podrán ser nuevamente designados en los términos establecidos en la Ley, sin necesidad de concurso de oposición, en cuyo caso se suspenderá su jubilación mientras ejerce su función como juez.

Concluimos afirmando que, no obstante los cambios radicales y múltiples operados en el área constitucional y en el ámbito laboral, aún no se han alcanzado ciertos propósitos que regulen en relación armónica las normas jurídicas en el campo de la seguridad social. Estamos obligados a garantizar a nuestros jueces, a quienes con tesón y probidad han transitado el difícil camino de la administración de justicia, su derecho a una jubilación decorosa que le haga acreedor a un descanso digno, que sirva de recompensa a la jornada cumplida y reconocer la jubilación como un derecho adquirido (que lo es), con independencia de las sanciones disciplinarias de que hayan sido objeto por faltas cometidas durante su gestión.

El Tribunal Supremo de Justicia es el garante de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En su sabiduría, reflexión y ecuanimidad debe reposar este importante cometido de garantizar el derecho de jubilación a los jueces.

El Derecho Administrativo en la sociedad de la información (Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática) *

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE **

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. El Derecho Administrativo en los Siglos XIX y XX. 2. La Sociedad de la Información. 3. El Vínculo del Derecho con la Informática: 3.1. La Informática jurídica. 3.2. El Derecho de la Informática. 4. Los Derechos Constitucionales y la Informática. 5. La libertad informática y los medios constitucionales de protección. 6. La Utilización de la Informática. 7. Las Telecomunicaciones. 8. La Telemática. 9. La red de Internet. 10. El Web-casting o netcasting. 11. El gobierno electrónico: 11.1. El Poder Legislativo ante las nuevas tecnologías. 11.2. El Poder Ejecutivo ante las nuevas tecnologías. 11.3. El Poder Judicial ante las nuevas tecnologías. 11.4. El Poder Electoral ante las nuevas tecnologías. 11.5. El Poder Ciudadano ante las nuevas tecnologías. 12. Del Homo Sapiens al Ciberciudadano.

CONSIDERACIONES FINALES.

* Una versión parcial de este texto, la expusimos bajo el epígrafe "La Influencia de las Telecomunicaciones y la Informática en el Derecho Administrativo del Siglo XXI", en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, dedicado al profesor Jesús González Pérez, realizado en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), durante los días 29 y 30 de noviembre de 2000.

** Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, y en la Universidad Central de Venezuela.

INTRODUCCIÓN

EL TEMA QUE VAMOS a exponer constituye un doble reto para los juristas, porque su estudio nos coloca ante un aspecto que debemos abordar desde un enfoque clásico en el Derecho Administrativo, lo que siempre nos llevará a la investigación y análisis de las instituciones, que fueron pensadas, elaboradas, estudiadas, desarrolladas y aplicadas, con independencia del uso futuro de las nuevas tecnologías; y porque también, debemos asumirlo desde una concepción moderna, en la cual no resultan totalmente válidas las nociones jurídicas tradicionales, las cuales deben ser adaptadas para garantizar las transformaciones del Derecho Administrativo, a propósito de la puesta en servicio de las nuevas tecnologías que se utilizan en la sociedad de la información y el conocimiento.

El tema que nos proponemos abordar es harto difícil, desde el punto de vista jurídico y técnico, pero tiene un gran interés y actualidad, en el milenio que estamos iniciando.

Se trata de un tema bastante árido, que supone algunas complicaciones para los juristas, en la medida que nos vemos obligados a cambiar nuestro lenguaje habitual, así como a elaborar, discutir y dictar una nueva legislación que regule el uso de la informática y las telecomunicaciones, por los órganos del Poder Público y que garantice en el marco del Estado social y democrático de Derecho, los principios de libertad, justicia, seguridad jurídica, igualdad y participación.

El objetivo de este trabajo, es plantear algunas reflexiones, desde nuestra experiencia, como asesor jurídico de los órganos del Poder Público, en aspectos vinculados con las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones¹ (1), en aras de una futura reforma legislativa.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS SIGLOS XIX Y XX.

El Derecho Público surgido de la Revolución Francesa, ha sido estudiado, analizado, escrito, legislado, interpretado y aplicado, como aquél que persigue el equilibrio necesario entre las potestades que se le otorgan a la Administración, para lograr la eficacia y eficiencia en el desarrollo de la actividad administrativa y el reconocimiento de los derechos subjetivos y de los intereses, de las libertades públicas y de las garantías de protección de los particulares frente a las potestades públicas.

¹ Desde 1998, hemos trabajado como asesor legal de la empresa Seintex, en el proceso de informatización y digitalización de la extinta Corte Suprema de Justicia, ahora Tribunal Supremo de Justicia y de los demás órganos jurisdiccionales, así como de asesor legal del Poder Legislativo, en la discusión de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 36970, de 12 de junio de 2000.

Ello así, cuando el Poder Público desconoce el principio de la legalidad, lesiona el principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas o viola el principio de la separación de las ramas del Poder Público, se van a activar los principios de la responsabilidad y del control jurisdiccional pleno de los órganos del Poder Público, para restablecer o reparar a los particulares en aquellos derechos o intereses que le hayan sido afectados.

Partiendo de estas ideas, toda la doctrina científica del mundo occidental ha dedicado los últimos doscientos diez años, a crear el Derecho Administrativo desde una doble concepción; por un lado, como el derecho que regula a la Administración Pública en su quehacer habitual, en su actividad al servicio del interés general y por el otro, como un derecho garantista, de protección a los particulares frente a las potestades públicas y los privilegios exorbitantes de la Administración Pública.

La gran mayoría de los juristas han dedicado buena parte de su vida científica, a estudiar y establecer los derechos y garantías, que pueden ejercer los particulares, contra las decisiones y actuaciones del Poder Público.

Si hacemos un balance sobre los enormes esfuerzos que se han realizado para lograr una Administración Pública eficiente, eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales, deberíamos desanimarnos a seguir efectuando propuestas para mejorar tal estado de las cosas, pues no es un secreto para nadie, que a pesar del bien intencionado trabajo desarrollado por los operadores jurídicos durante tantos años, no se han logrado alcanzar los niveles ideales de eficiencia y eficacia, en el desarrollo de la actividad administrativa y la Administración Pública sigue actuando en contrariedad a Derecho, de manera arbitraria, lesionando los derechos fundamentales.

Las razones son múltiples y varían de un país a otro y de una Administración Pública a otra. Entre ellas se pueden mencionar, una legislación anacrónica, una excesiva burocratización administrativa, la ausencia de transparencia de la gestión pública, la falta de capacidad técnica del personal, los inadecuados salarios de los funcionarios públicos, el desconocimiento de la Constitución y las leyes por aquellos quienes están llamados a aplicarlas y cumplirlas.

A ello se suma el hecho, de que gran parte de la doctrina científica pretende brindar soluciones a muchos de estos problemas, importándolas de otros países o realidades, constituyendo muchas de ellas, soluciones que han sido históricamente superadas en sus países de origen y que en todo caso, no se adaptan a la realidad jurídico-administrativa, en la cual se pretenden implantar.

Pero no por ello se debe dejar de estudiar el pasado y los regímenes contemporáneos, pues un adecuado conocimiento de las virtudes y deficiencias de la Administración Pública, son las que nos pueden llevar a formular las propuestas encaminadas a modernizarla, para que preste sus servicios en el siglo que comienza.

Tampoco es secreto para nadie, que el mundo moderno está impregnado por el desarrollo científico y tecnológico, lo que ha permitido alcanzar mejores niveles de vida en la sociedad de comienzos del siglo XXI. A ello no escapa la Administración Pública, que también, en la búsqueda por alcanzar niveles óptimos de eficiencia, se ha visto forzada por el desarrollo de los acontecimientos políticos y sociales a incorporar y utilizar el desarrollo científico y tecnológico, en su funcionamiento normal y cotidiano.

Lo dicho lleva a transformar el concepto tradicional de Derecho Administrativo que hemos manejado durante los últimos años, debiendo éste adaptarse a los cambios producidos por las nuevas tecnologías que se han venido incorporando al margen de la ley y de los reglamentos, pero que han servido para desbordar las nociones tradicionales, que han inspirado el funcionamiento de la Administración Pública, durante los últimos doscientos años.

Ello así, vamos a exponer algunas de las ideas, que consideramos deben ser tenidas en consideración en una verdadera y auténtica modernización de la Administración Pública.

2. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La revolución informática y la genética, constituyen los grandes acontecimientos de la sociedad del siglo XXI². Ésta ha sido calificada desde el último tercio del siglo XX, como la sociedad de la información, la cual se caracteriza por el acceso al conocimiento y a la información de todas las personas, con independencia de su capacidad económica y de su ubicación geográfica.

Sin embargo, no se puede soslayar que uno de los obstáculos que se deben enfrentar para lograr que la sociedad de la información alcance mayores niveles de desarrollo, consiste en superar las desigualdades educativas y culturales, de allí que uno de los retos que se deben afrontar es

² Castells Arteché, J.M. La Limitación Informática. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991. p. 909.

lograr una homogenización cultural de las personas que integran dicha sociedad.

La sociedad de la información ha sido definida como aquella “que surge al acercar a los ciudadanos las nuevas tecnologías de la información y la (tele)comunicación, permitiéndoles nuevas formas de interactuar entre sí, con el sector público y el sector privado”³.

En realidad, la sociedad de la información es aquella que se caracteriza porque los medios de producción de bienes y servicios, así como la demanda de los mismos por las personas, para satisfacer sus necesidades, se encuentra determinado por un recurso esencial, la información.

Según Davara, la información es un bien económico, pero diferente de los demás bienes económicos existentes en el mercado, pues no se agota con su consumo, sino que puede enriquecerse al generar más información; puede ser utilizado por muchas personas al mismo tiempo, constituyendo la base del desarrollo de una nueva sociedad, en la cual la información constituye el centro de atención⁴.

La información ha supuesto un traslado del epicentro de producción de bienes y servicios materiales que caracterizó a la sociedad industrial, hacia las empresas de producción de bienes y servicios de información y conocimiento, característica de la sociedad de la información.

Los tres elementos que configuran el desarrollo de la sociedad de la información son los siguientes:

1. El primer elemento está constituido por la convergencia tecnológica, que permite la aplicación de diferentes plataformas, para brindar a los usuarios los servicios esenciales.
2. El segundo elemento es conocido como el servicio universal, que se justifica en un régimen de libre competencia, con la finalidad de garantizar unos servicios básicos mínimos a todos los usuarios, que tengan una calidad determinada, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible.
3. El tercer elemento lo conforman las infraestructuras de las telecomunicaciones, que permiten la circulación de la información y los conocimientos, sin límites y que deben permitir la adaptación de las nuevas tecnologías a los servicios que requieren los usuarios.

³ Merino Gabeiras, C. y Sotillos Sanz, L. Internet: La Antecámara de la sociedad de la informática. Curso de Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid. 2000. p. 169.

⁴ Davara Rodríguez, M.A. De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual. Aranzadi. Pamplona. 1996. pp. 50-51.

Este trípode en el cual se cimienta la sociedad de la información, nos lleva a analizar, los que podríamos denominar los puntos cardinales que se deben considerar en una futura regulación jurídica, con la finalidad de configurar el Derecho Administrativo del Siglo XXI.

3. EL VÍNCULO DEL DERECHO CON LA INFORMÁTICA

La utilización de la informática en el ámbito jurídico y la regulación jurídica de la informática, permiten distinguir entre la denominada informática jurídica y el derecho de la informática.

3.1. La informática jurídica

Por informática jurídica, se entiende el conjunto de aplicaciones de la informática que guardan relación con el conocimiento del Derecho, aunque la noción puede extenderse a la utilización de la informática como instrumento de gestión en las actividades jurídicas.

La informática jurídica es tecnología aplicada al Derecho y se puede manifestar de tres maneras⁵:

1. La informática jurídica documental, que persigue la automatización de los sistemas de información relacionados con las fuentes del conocimiento jurídico, mediante el establecimiento de sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

Ahora bien, para facilitar la búsqueda de información y documentación se emplean las tecnologías de la informática y los sistemas de teledocumentación, que generan el uso de un lenguaje que se elabora a partir del jurídico, constituido por palabras claves y descriptores que son extraídos de éste, que son clasificadas y aplicadas en la estructura lógica de la recopilación jurídica.

2. La informática jurídica decisional, también denominada metadocumental, regula el tratamiento de las fuentes de producción jurídica, mediante la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo, administrativo y en la decisión judicial.

La informática jurídica decisional supone el empleo de un lenguaje jurídico artificial, de un uso cualitativo del lenguaje, que implica la aplicación de un sistema informático inteligente, es decir, de sistemas expertos.

⁵ Pérez Luño, A. Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. El Impacto socio-jurídico de las Nuevas Tecnologías de la Información. Madrid. 1987. p. 65.

Por ello, la informática decisional supone la toma de decisiones, el dictado de actos administrativos o sentencias, a través de computadores programados para ello, mediante el uso de sistemas informáticos inteligentes⁶, actualmente denominados sistemas expertos⁷. Ello supone un nivel más elevado del uso de la informática, pues los computadores no sólo constituirían una máquina de archivo, registro o procesamiento de datos e información; sino la utilización de un equipo de tramitación y de los sistemas expertos para procesar la información suministrada y establecer inferencias lógicas, que producirán una resolución o decisión de asuntos, mediante los actos administrativos o jurisdiccionales.

Esta situación ha sido ampliamente cuestionada, pues no es posible, ni deseable la sustitución plena del razonamiento del operador jurídico, por la inferencia lógica del computador. Ello ha conducido a formular una posición que solo admite la informática decisional, en aquellos supuestos en los cuales la actuación administrativa o jurisdiccional se limita a la comprobación de hechos constatados o de situaciones que han sido programadas en virtud de la experiencia jurídica.

Lo anterior revela la impropiedad de referirse a la informática decisional, pues ella constituye un mito, en la medida que los computadores no deciden y menos aun pueden sustituir al cerebro humano, no pueden ponderar las variables, los elementos psicológicos, la cognición o la voluntad de la persona, quien tiene la responsabilidad de adoptar la decisión, en atención a las circunstancias del caso. En la mejor de las situaciones, los sistemas expertos brindarán soluciones prediseñadas por los expertos, ante el planteamiento de asuntos que son programados con base en la experiencia anterior.

3. La informática jurídica de gestión, consiste en la aplicación de la burocrática u ofimática a la organización operativa de las oficinas y dependencias de la Administración Pública, de los despachos judiciales o de los profesionales del Derecho.

La informática jurídica de gestión permite la realización a través de soportes informáticos de las operaciones que están dirigidas a la comunicación de cualquier naturaleza, la lectura de textos, la organización y actualización de archivos y registros, la exigencia y recepción de pagos.

⁶ La inteligencia artificial consiste en el conjunto de actividades informáticas que de ser realizadas por el hombre, se considerarían como producto de su inteligencia. Véase Pérez Luño. A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. p. 24.

⁷ Los sistemas expertos son aquellos programas que reproducen las actuaciones que han sido previstas por el experto que los diseña. Cfr. Pérez Luño. A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. p. 24.

La ofimática o burótica permite la automatización de las operaciones estandarizadas, regulares y constantes en los documentos, registros, comunicaciones, certificaciones, que permiten la producción de resultados uniformes, imparciales, transparentes, rápidos y económicos, deslastrando al operador jurídico de las actividades mecánicas o rutinarias, quedando éste libre para la ejecución de las tareas creadoras o de resolución.

3.2. El Derecho de la informática

En tanto que el Derecho de la informática es el conjunto de reglas jurídicas que contemplan las operaciones efectuadas por medio de sistemas informáticos, así como las transacciones vinculadas a tales sistemas.

El Derecho de la informática es la rama nueva del derecho que tiene por objeto establecer las normas jurídicas que regulan la utilización de las tecnologías de información y la comunicación⁸.

El Derecho de la informática le otorga reconocimiento jurídico, a la utilización de las tecnologías de la informática, en la gestión de las actividades públicas o privadas, que requieren de regulación para brindar seguridad jurídica a quienes interactúan a través de dichas tecnologías.

Esta nueva rama del Derecho, la integran las normas jurídicas, las sentencias de los tribunales en materia informática y “los razonamientos de los teóricos del Derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática”⁹.

4. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA INFORMÁTICA

Con anterioridad a la Constitución vigente, se planteó el caso del Contralor General de la República quien realizó una denuncia contra varios de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, porque supuestamente habían incurrido en infracciones, al tramitar un expediente que cursaba en dicho órgano jurisdiccional, en el cual tenía interés directo el denunciante ¹⁰. El conocimiento y resolución de

⁸ Pérez Luño, A. Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las Nuevas Tecnologías de la Información. Madrid. 1987. p. 74.

⁹ Pérez Luño, A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. p. 18.

¹⁰ Hernández-Mendible, V.R. Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Administrativo Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 2. 2000. pp. 179-207.

dicho asunto, correspondía a la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, por ser el superior jerárquico de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ¹¹.

En trámite de sustanciación del procedimiento disciplinario, el Contralor General de la República difundió a través de la página Web y de otros medios de comunicación social, el desarrollo de dicho procedimiento. Ello hizo que la Presidente del órgano jurisdiccional investigado, solicitase lo que denominó una “medida cautelar innominada” a su favor, con la finalidad que se ordenase a los funcionarios del órgano contralor “abstenerse de divulgar por los medios de comunicación social, y a través del sistema internet, el contenido del estado de la averiguación que cursaba ante la Sala Político Administrativa o de la indebida utilización de (su) mi nombre o de cualquier otra referencia a (su) mi persona. Igualmente, solicito a la Corte se sirva ordenar a la Contraloría General de la República, retirar de inmediato de su página “Web”, el texto de la denuncia formulada ante la Sala Político Administrativa”.

La Sala Político Administrativa, en ejercicio de su potestad administrativa disciplinaria, con la finalidad de garantizar una tutela efectiva de los derechos constitucionales al honor y reputación de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en decisión de 2 de diciembre de 1997, dispuso que los funcionarios de la Contraloría General de la República debían “abstenerse de divulgar en forma alguna el contenido del procedimiento disciplinario” y le ordenó “retirar inmediatamente de la página Web que tiene ese organismo en el sistema Internet, el texto de la denuncia ... así como cualquier otra mención a través de las cuales se revelen elementos relacionados con este procedimiento disciplinario”.

El caso descrito constituye una evidencia de, cómo a través del uso de los medios informáticos y de telecomunicaciones se puede difundir información, que puede afectar los derechos constitucionales y en el supuesto en que ello pase, es necesario que existan las vías jurídicas adecuadas, en sede administrativa o jurisdiccional, que protejan el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, así como su respeto y garantía por los órganos del Poder Público.

¹¹ La Comisión Andina de Juristas, en su informe sobre la Reforma Judicial en la Región Andina, elaborado en Lima, en el 2000, ha señalado que al entrar en vigencia la nueva Constitución, las competencias de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial fueron atribuidas al Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, en razón de lo cual éste, actuando en función disciplinaria, resolvió la destitución de tres de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el día 29 de agosto de 2000, en razón de que cursaban en su contra “varias denuncias por múltiples irregularidades en el desempeño de sus funciones”. p. 305.

La Constitución de 30 de diciembre de 1999, proclama que Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la preeminencia de los derechos humanos y como fines esenciales el respeto a la dignidad, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículos 2 y 3).

En tal virtud, siendo la Constitución la norma jurídica fundamental del Estado, toda la actividad interpretativa y de aplicación del Derecho, debe ser conforme a la norma suprema. Por ello, las personas que actúan en ejercicio del Poder Público, deben ejercer sus competencias con pleno sometimiento a la Constitución, por constituir ésta, el fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7), en tanto que todas las personas tienen el deber de cumplir y acatar la Constitución, la ley y los demás actos jurídicos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (artículo 131).

En base a estos postulados, la interpretación de los derechos constitucionales se debe realizar distinguiendo entre la garantía de interpretación desde los derechos constitucionales y la garantía de interpretación de los derechos constitucionales.

En el primer caso, de garantía de interpretación desde los derechos constitucionales, se alude a su proyección sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, lo que implica que la interpretación de éstas, debe realizarse conforme a los derechos constitucionales, o dicho en los términos del artículo 22 de la Constitución, que garantice “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interpedendiente” de los derechos constitucionales, implicando ello, que en caso de duda, debe realizarse la interpretación más favorable a estos derechos.

El segundo caso, de garantía de interpretación de los derechos constitucionales, conlleva una garantía directa que se proyecta en la interpretación sobre los derechos. En esta interpretación se valoran los principios gramaticales, la realidad social, el respeto al contenido esencial y la conformidad con los otros derechos constitucionales, los tratados, acuerdos y convenios internacionales ¹².

Por ello, siendo los derechos constitucionales criterios orientadores, guías y límites de la interpretación jurídico constitucional, al producirse una disposición normativa o cualquier otro acto jurídico, debe respetarse el contenido esencial de los derechos constitucionales.

¹² Peces Barba, G. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid. 1995. p. 150.

Lo expuesto, lleva a analizar e interpretar el derecho constitucional consagrado en el artículo 60 de la Constitución, que expresa lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Este artículo tiene su antecedente inmediato en el artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución de España de 6 de diciembre de 1978 ¹³, lo que permite trasladar las críticas realizadas a esta última, a nuestro artículo 60 de la Constitución. Al respecto, Castells Arteché señala:

“En síntesis, el 18.4 es la primera ocasión perdida de intervenir, desde el supremo texto legal, en cuestiones cruciales de la innovación informática, tales como la protección de datos y sus cruciales aspectos institucionales y sociales” ¹⁴.

Esta norma debe ser analizada en concordancia con el artículo 143 de la Constitución, que consagra el ejercicio de varios derechos constitucionales y de sus respectivos límites:

1. El derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados;
2. El derecho a conocer las resoluciones definitivas que sobre un asunto concreto, adopte la Administración Pública; y,
3. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites que establezca la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto, -en seguridad interior y exterior, investigación criminal e intimidad de la vida privada-, que deberá dictarse dentro de la concepción democrática de nuestra sociedad, que proclama la Constitución.

¹³ Una reseña del debate constitucional realizado en las Cortes, se puede consultar en el trabajo de Castells Arteché, J.M. *La Limitación Informática. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991. p. 913.*

¹⁴ La doctrina científica considera que la redacción del artículo 35.2 de la Constitución Portuguesa de 1976, es mucho más acertada al disponer que “La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos no identificativos con fines estadísticos”. Cfr. Castells Arteché, J.M. *La Limitación Informática. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991. p. 915.*

Ello así, el Poder Público debe establecer una regulación que garantice el ejercicio y goce de los derechos constitucionales y que además permita el uso y control de la informática, con plena validez jurídica dentro del Estado de Derecho.

En efecto, el Poder Público debe establecer el régimen jurídico que garantice por un lado, el adecuado uso y aprovechamiento de la informática por los órganos del Estado y por el otro, la protección de los derechos fundamentales, es decir, que se alcance un equilibrio entre las potestades públicas, que se ejercen con sometimiento a la ley y al Derecho, a través de la informática y las garantías de los particulares a que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si bien la informática constituye una tecnología que puesta al servicio de los órganos del Poder Público, puede ser de suma utilidad en el desempeño de las funciones que constitucional y legalmente le han sido establecidas, no es menos cierto, que la utilización de la informática no puede menoscabar los derechos al respeto a la dignidad humana, al honor, la vida privada, la intimidad, la imagen, la reputación y la confidencialidad, así como el acceso a los archivos y registros administrativos, al debido proceso, la defensa y la presunción de inocencia.

Tal aserto resultaría innecesario realizarlo, si tomamos en consideración que toda la actividad de los órganos del Poder Público debe garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos constitucionales. No obstante, lo que podría pensarse que era superfluo de destacar, bajo el imperio del Estado de Derecho de los siglos XIX y XX, tendrá que ser revisado, dentro de la concepción democrática y social del Estado de Derecho del Siglo XXI, época en la cual éste se caracterizará por el progreso tecnológico constante y el avance de la informática y las telecomunicaciones, pues justamente, una inadecuada utilización de éstas, por insuficiencia legislativa o por una mala práctica administrativa pueden afectar o lesionar el contenido esencial de los derechos constitucionales mencionados, que es justamente lo que se debe proteger.

5. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y LOS MEDIOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN

La libertad informática consiste en el derecho de las personas de acceso, información, conocimiento, corrección, rectificación o destrucción de los datos que les conciernen y que se encuentren registrados en sistemas electrónicos.

La libertad informática, denominada en el derecho germano, como autodeterminación informativa, tiene particular transcendencia en la so-

ciudad de la información, caracterizada por el constante progreso tecnológico.

En nuestra Constitución, el artículo 20 consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan de los derechos de las demás personas, así como del orden público y social.

Este derecho -según el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en sentencia de 15 de marzo de 1983- comprende dos libertades básicas: Una es la libertad general de acción, que consiste en la libertad de decidir la realización u omisión de determinados actos y la facultad de comportarse o actuar de acuerdo con esa decisión; y la otra, es la libertad de auto-determinación informativa, que se refiere a la libertad para determinar quién, qué, cuándo y con qué motivo, las personas pueden conocer de la información que les conciernen¹⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 254/1993, de 20 de julio, por vez primera le otorga reconocimiento y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen, que se hallen registrados en los archivos informatizados de la Administración. El fallo en el fundamento jurídico 7, da carta de naturaleza, a la libertad informática y al *habeas data* como garantías del derecho a la intimidad, frente al uso de la informática que consagra el artículo 18.4 de la Constitución¹⁶.

En nuestro contexto, el artículo 60 de la Constitución consagró el derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. El Constituyente le atribuyó competencia al legislador para limitar el uso de la informática, con la finalidad de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar, así como el pleno ejercicio de los derechos y además refuerza esta garantía, mediante el reconocimiento del *habeas data*.

El *habeas data* se constituye así, en una garantía constitucional judicial de protección de la intimidad y la libertad informática, a través de la cual se garantiza a las personas de manera efectiva¹⁷:

¹⁵ Pérez Luño. A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. p. 44.

¹⁶ Pérez Luño. A. Ob. Cit. p. 50.

¹⁷ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, estableció que el *habeas data* consagrado en el artículo 28 de la Constitución, está conformado por varios derechos que pueden obrar en bloque o independientemente, según sea la pretensión de quien ejerce la acción. Sobre el particular véase la sentencia 1050, de 23 de agosto de 2000, ratificada en sentencia 1053, de 31 de agosto de 2000.

- El derecho de acceso a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto;
- El derecho a conocer del uso que se haga de esta información y los datos;
- El derecho a que el tribunal ordene la actualización, la rectificación o la destrucción de la información o los datos, si fueren erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos;
- El derecho de acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información, cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.

Esta garantía, se suma a las otras que brindan el ordenamiento constitucional y administrativo, en la sociedad democrática y que históricamente ha perseguido un equilibrio, entre las potestades de los órganos del Poder Público y los derechos constitucionales.

En la sociedad de la información, este equilibrio se logra mediante el uso eficaz de la informática por los órganos del Poder Público y la garantía de la libertad informática, que supone el goce y ejercicio pleno —en principio—, de los derechos a la intimidad y la privacidad, así como de los demás derechos constitucionales.

En el estado actual de la sociedad de la información, este equilibrio supone la celebración del denominado por la doctrina científica “Pacto social informático”, entre los ciudadanos y el Estado, en virtud del cual aquellos suministran los datos personales que sean necesarios en sus relaciones con los órganos del Poder Público y el Estado se compromete a utilizar esa información para los fines específicos para los cuales fueron suministrados, sin defraudar la confianza que le han depositado los ciudadanos a éste.

Uno de los medios para consolidar este “Pacto social informático” es la adecuada regulación del uso de la informática, por los órganos del Poder Público que permita la eficiencia y eficacia de éstos, así como la garantía de los derechos y las libertades de las personas.

Ello lleva a determinar cuál es el uso que se ha dado a la informática, en la sociedad de la información.

6. LA UTILIZACIÓN DE LA INFORMÁTICA

El debate que se planteó en la España predemocrática, sobre el uso de la informática por la Administración Pública, llevó a que el Ministerio de

Trabajo, señalase que la informática es “el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de procesos de datos”. Se definen como equipos de procesos de datos “las máquinas y dispositivos capaces de elaborar información registrada en forma digital, siempre que la entrada de datos o la salida de resultados tenga lugar sobre un soporte creado o aceptado por otras máquinas, utilizadas para procesos de datos” y también se consideran equipos de procesos de datos “las máquinas y dispositivos capaces de aceptar o crear soportes de información o de transmitir ésta a otras unidades”. (Orden del Ministerio de Trabajo de España, de 11 de abril de 1975).

Desde aquella definición, es mucho lo que se ha avanzado en el desarrollo de las tecnologías que han permitido el aprovechamiento de la informática, por la Administración Pública desde una doble perspectiva: Por una parte, para la digitalización de la información que se tramitaba ante ella, lo que ha permitido alcanzar una mayor eficacia en la actividad administrativa, la racionalidad en los procedimientos y producción en serie de aquéllas decisiones que resuelvan asuntos idénticos; y por la otra, el procesamiento y archivo de los datos, tales como textos legales, decisiones administrativas y judiciales, dictámenes y otros documentos de similar naturaleza, que sean susceptibles de ser almacenados en soporte magnético.

Si bien es cierto que las tecnologías utilizadas en la informática, no llegaron a satisfacer todas las expectativas que habían generado, cuando fueron aplicadas por la Administración Pública, ello va a experimentar un cambio sensible con el surgimiento de las nuevas tecnologías aplicadas a las telecomunicaciones.

Las innovaciones tecnológicas de los últimos años, han permitido el desarrollo de la convergencia de la tecnología de la informática con la de telecomunicaciones, lo que ha generado la aparición de servicios como el telefax, el correo electrónico, el multimedia.

Esta convergencia tecnológica ha permitido el desarrollo de una nueva revolución industrial, que ha venido a cambiar los comportamientos sociales, el aumento de la riqueza económica y cultural, la organización del trabajo, el mejoramiento de la salud, la circulación de personas, bienes, capitales y servicios, y la actividad recreacional o el ocio.

Lo anterior ha implicado que la sociedad de la información, haya comenzado a disfrutar de:

- El teletrabajo, es decir, de la realización del trabajo a distancia, lo que supondrá el aumento de los puestos de trabajo fuera de la empresa o lugar habitualmente preestablecido como centro de trabajo. En muchos casos,

este trabajo se va a realizar en la casa de habitación, un hotel, un hospital, un aeropuerto, en lugares periféricos. Ello permitirá mayor movilidad laboral, un aumento de puestos de trabajos calificados, más productividad, permite la flexibilidad organizativa y puede garantizar un ahorro en los costos de producción.

- La educación a distancia, para una sociedad que se encuentra sometida a cambios y progresos permanentes, pero que aspira a tener acceso universal a la educación, sin ningún tipo de barreras económicas, geográficas, políticas o sociales. La educación a distancia constituye, quizás, la mayor garantía de que el proceso educativo, valga decir, de creación, divulgación y recepción de los conocimientos científicos, humanísticos y tecnológicos, lleguen a todas las personas.

- La utilización de la informática en la educación, constituye un postulado orientador del sistema educativo en nuestro país, pues a través de ella, se puede brindar la educación integral, de calidad y permanencia que reconoce la Constitución. Con tal fin, el Estado asumió el compromiso de crear y sostener instituciones, servicios y centros educativos suficientemente dotados, para la aplicación de las nuevas tecnologías y asegurar el acceso, permanencia y culminación de la educación de las personas (artículos 102, 103 y 108 de la Constitución).

- Una red de universidades y centros de investigación, lo que permite aumentar el intercambio de información y conocimiento, para alcanzar un mayor progreso en el desarrollo informático, científico y tecnológico. A través de estas redes, se pueden alcanzar mayores avances en la investigación científica y tecnológica, mediante el manejo, empleo y transformación de la información, garantizando la producción de conocimientos distintos y cada vez mayores.

La gestión de la circulación por carreteras y del control de tráfico aéreo, lo que garantiza un mejor desenvolvimiento de la circulación terrestre y aérea.

Mediante el uso de las tecnologías se puede tener conocimiento e información de las condiciones de tráfico en las ciudades y terminales aéreas nacionales e internacionales, lo que permite saber con certeza la situación existente en los mismos y tomar las previsiones correspondientes para el uso más adecuado de las vías y medios de transporte y circulación.

- La constitución de redes de asistencia sanitaria, lo que permite servicios médicos más baratos y efectivos, incluso de diagnósticos, medicación y tratamiento, en el propio centro de salud e incluso a distancia.

- El comercio electrónico, que se realiza desde cualquier lugar del mundo, sin desplazamiento de los negociantes a un lugar determinado, para lo cual se emplean las órdenes de compra y de pago, así como las facturas y la firma digital, mediante el empleo de las tecnologías.

- El entretenimiento. El uso de las nuevas tecnologías permite nuevas formas de ocio y distracción, pues a través de las mismas, se han cambiado las formas de comunicación entre las personas, de escuchar música, leer libros o la prensa, realizar juegos electrónicos, ver películas o televisión, visitar museos o simplemente navegar en búsqueda de cualquier tipo de información o recreación.

Estas ventajas que han generado la convergencia tecnológica, llevan a analizar la trascendencia de las telecomunicaciones, en la transformación del Derecho Administrativo.

7. LAS TELECOMUNICACIONES

Las telecomunicaciones contribuyen a desarrollar el camino hacia la sociedad de la información, lo que conlleva a la reforma del marco regulatorio, con el objetivo de liberalizar la titularidad de las infraestructuras de redes y de la prestación de los servicios de telecomunicación.

Si bien las redes por sí mismas, no reportan interés jurídico, las mismas adquieren relevancia cuando son utilizadas para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Los servicios de telecomunicaciones no son jurídicamente fáciles de definir, sin embargo se han realizado varios intentos para ello, señalándose que éstos constituyen las prestaciones en una red de telecomunicaciones¹⁸. Estos servicios han sido clasificados en función de varios criterios, debiendo destacarse fundamentalmente dos: Uno es el criterio de la utilización de los servicios y de la titularidad de los prestadores del servicio; y, el otro es el criterio del contenido técnico de la prestación, que ha permitido distinguir los servicios de telecomunicaciones, como servicios finales, servicios portadores, servicios de valor agregado y servicios de difusión.

Los recientes desarrollos técnicos y jurídicos han llevado a redefinir las nociones tradicionales y a la aparición de nuevos servicios de telecomunicaciones.

18 Fernando Pablo, M. Derecho General de las Telecomunicaciones. Colex. 1998. p. 136.

Partiendo de estas premisas, el legislador ha optado de manera resuelta por la reforma del régimen jurídico de las telecomunicaciones, estableciendo que estas consisten en “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, inventados o por inventarse” (Artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de 12 de junio de 2000).

Con el objeto de garantizar y democratizar el derecho de acceso a la información y a la comunicación, mediante el establecimiento de condiciones que aseguren a todas las personas, el derecho a la comunicación (artículos 57 y 58 de la Constitución, y 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), el efectivo uso de los servicios de telecomunicaciones, en condiciones de calidad, a precios asequibles, sin que importe su ubicación geográfica, el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, estableció el servicio universal.

El desarrollo de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones van a permitir que se superen muchos de los problemas de información y comunicación, facilitando la transmisión y recepción de toda clase de mensajes o documentos, en períodos muy cortos, lo que contribuirá a reducir los costos de operación en el desarrollo de las actividades que desarrollan las personas.

La posibilidad de prestar nuevos servicios a través de las tecnologías de las telecomunicaciones, constituyen un aspecto del progreso que encierran las mismas, pero no podemos olvidar, que todo cambio genera tanto beneficios como perjuicios, de allí que se deba luchar para que aquéllos superen a éstos.

Ello así, el nuevo orden legal no puede obviar la necesidad acuciante de reconocer el valor añadido que supone para el Derecho Administrativo, incorporar los grandes avances de las tecnologías de las telecomunicaciones, en el desarrollo habitual de la actividad administrativa.

8. LA TELEMÁTICA

La convergencia de las tecnologías de las telecomunicaciones con las de la informática, ha permitido la eclosión de la ciencia de la telemática que viene a constituir la utilización de las máquinas, técnicas, métodos y dispositivos para procesar, almacenar, recuperar y transmitir grandes cantidades de datos, con independencia de la localización geográfica, a gran velocidad y en períodos muy cortos, utilizando las nuevas tecnologías, la conmutación y la interconexión de redes de telecomunicaciones.

Dicho en otras palabras, por telemática se entiende el tratamiento o intercambio digital de datos entre redes informáticas diferentes, tal como sucede a través del correo electrónico, la transmisión de documentos, la vídeo conferencia, la enseñanza a distancia en las universidades.

Lo anterior condujo a que la Comisión Europea, estableciera un programa para las aplicaciones telemáticas, que permitiera plantear las actividades que pueden desarrollarse¹⁹:

1. La telemática al servicio del interés público (administraciones, salud, transportes).
2. La telemática al servicio del conocimiento (investigación, educación, formación, bibliotecas, cultura).
3. La telemática al servicio del empleo y la mejora de las condiciones de vida (medio ambiente, zonas rurales y urbanas).

Por ello, la telemática constituye así una ciencia compleja, en la medida en que confluyen de manera multidisciplinaria, la aplicación de las ciencias matemáticas, físicas, jurídicas e incluso sociales. Esta ciencia tiene repercusión en la sociedad de la información, porque gracias a ella, se ha permitido un flujo importante de información y conocimientos, en forma rápida y eficaz, los cuales circulan en su gran mayoría, a través de la red mundial de información, conocida como Internet.

9. LA RED DE INTERNET

El Informe Gore, de 15 de diciembre de 1993, realiza la advertencia de que se ha producido una *revolución de la información* que cambió para siempre la forma en que la gente vive, trabaja e interactúa²⁰.

Se le atribuye a Albert Gore, la utilización del término *autopista de la información*, que alude a las vías o canales de transmisión de textos, datos, imágenes y sonidos, a través de la fibra óptica, coaxiales o sin cables, para permitir el acceso al conocimiento y la información, el teleempleo o teletrabajo, la formación e instrucción sin desplazamiento del lugar de habitación, la gestión eficiente, eficaz, transparente y responsable del

19 García-Pelayo, G. Telecomunicaciones y Sociedad de la Información en la Unión Europea. Derecho de las Telecomunicaciones (Coord. Cremades). La Ley. Madrid. 1997. p. 302.

20 Gore, A. La Infraestructura Nacional de Datos (NII) de los Estados Unidos de América: Agenda para la Acción. (Tr. Rafael Fernández Calvo). Revista Novática Nº 110. Asociación de Técnicos de Informática. Barcelona. 1994.

Poder Público, la construcción de una sociedad más democrática en la cual se garantice la participación de los ciudadanos.

Esta tela de araña, también denominada infraestructura de la información, ciberespacio o red de redes, constituye una vía -quizás para algunos, la principal vía- de la autopista de la información. Pero internet no es solamente el correo electrónico (E-MAIL) o el protocolo para la transmisión de ficheros (FTP), sino que además contiene el servicio de la world wide web (WWW), surgida en 1990, que es considerada como la tela de araña a lo ancho de todo el mundo, constituida por la red de computadores conectados desde cualquier lugar del planeta, a través de diversas tecnologías, en la cual se intercambian de manera continua, gran cantidad de datos, textos, imágenes y sonidos que transmiten información y conocimientos.

La web permite a los usuarios tener acceso a todos los servicios que se prestan a través de internet, constituyéndose en la piedra angular, alrededor de la cual se desarrollan todos los servicios que por ella se suministran. La web realiza la transmisión de información y conocimientos, a través de los formatos de archivos digitales (HTML), que se leen en virtud de las aplicaciones que responden a una estructura cliente-servidor, conocida como navegadores (browsers) y que permiten enlazar con otros archivos del mismo formato, a través del hipervínculo, es decir, de toda la información que hace referencia directa a otra información, en un formato de archivo digital (HTML).

No hay duda que la competencia de los Estados para regular internet se encuentra notablemente restringida, porque la operatividad del sistema desborda las fronteras nacionales, lo que plantea varios problemas relacionados con la suficiencia o no de la eventual regulación interna, haciendo caso omiso de la realidad internacional.

Con la llegada de internet hemos asistido al fin de las soberanías nacionales, de la policía administrativa tradicionalmente conocida, de la territorialidad de los delitos, circunstancias éstas entre muchas otras, que afectarán para siempre las relaciones económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad, en el siglo XIX.

Al ser internet una red global, las ventajas y desventajas que ofrece son de idéntica naturaleza. Por ello, para los operadores jurídicos tratar de establecer un régimen de gobierno, un marco legal global, armónico y abierto, resulta tan complicado.

Tal situación lleva a plantear que la regulación debe ser efectuada desde una doble vertiente: Una regulación a nivel mundial, mediante la celebración de tratados internacionales, a los cuales deberían adherirse to-

dos los países, no obstante, no se puede desconocer que ésta no es una tarea fácil, dada la dispersidad de intereses políticos y económicos que se encuentran involucrados; y la otra, consiste en una regulación a nivel nacional, que garantice la seguridad jurídica, la eficacia, la transparencia, la economía y la responsabilidad de todas las actividades en el ámbito jurídico y económico, que se realizan a través de la red de internet.

Lo dicho lleva a plantear como reflexión, que ninguna regulación que se establezca sobre internet, puede acudir a los cánones tradicionales de legislación o codificación exhaustiva, rígida, que todo lo abarca o todo lo norma, a que estamos acostumbrados los operadores jurídicos de formación latina, sino que se debe propender a una reglamentación mínima y flexible sobre aspectos fundamentales, dejando un amplio margen de maniobra a los operadores jurídicos, que permita la adaptabilidad de dicha regulación a los incontrolables y vertiginosos cambios que experimenta internet.

10. EL WEBCASTING O NETCASTING

El Webcasting consiste en la difusión de contenidos a través de la word wide web. Ello se realiza mediante la tecnología push, que implica el envío de información a la persona sin que ella lo haya solicitado explícitamente (vgr. el correo electrónico). Esta tecnología, difiere de la pull, porque esta última requiere una solicitud de la persona interesada, para que se le suministre la información.

El Webcasting constituye un servicio mediante el cual se difunde a través de internet, información digital, multimedia e interactiva, lo que ha supuesto la convergencia de las tecnologías de las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual.

La convergencia tecnológica posibilita que los servicios de comunicación, tradicionales y nuevos, se puedan prestar a través de diversas redes, independientemente de que se transmitan datos, sonidos, imágenes y voz.

Justamente, el Webcasting constituye en la actualidad, una de las mejores expresiones de la convergencia tecnológica, lo que permite alcanzar un extraordinario potencial en las comunicaciones, así como en el acceso y uso de la información. Mediante el Webcasting se multiplican los medios de expansión de la sociedad de la información, pues a través de él se puede obtener información y comunicación de lo que sucede, en cualquier parte del mundo en tiempo real.

El Webcasting al permitir el envío de información multimedia e interactiva, garantiza la posibilidad de comunicación real y efectiva, con los denominados gobiernos electrónicos (e-government).

Efectuadas éstas consideraciones, seguidamente procederé a analizar, algunos aspectos que deben ser tenidos en consideración, para la regulación en el ámbito interno del uso de la informática y las telecomunicaciones, tanto para su utilización por los órganos del Poder Público en sus relaciones entre sí, como de éstos en sus relaciones con los particulares.

II. EL GOBIERNO ELECTRÓNICO Y LA DEMOCRACIA DIGITAL

Tal como destaca la doctrina científica, como en muchas otras fases de su historia, el Derecho ha asistido tardíamente a regular las necesidades y aspiraciones de la época, lo que en la actualidad podría constituir un retraso de consecuencias irreparables, si no fuese porque dicho retraso, deberá estar acompañado por el perfeccionamiento lógico que aporta la tecnología y por el compromiso ético de realizar dicho proceso dentro del marco de los valores supremos de justicia, libertad, igualdad y dignidad de la persona, rectores del Estado de Derecho²¹.

En efecto, los avances científicos y tecnológicos han desbordado la regulación jurídica, por ello se requiere una interpretación y aplicación progresiva de los textos legales, en cuanto sea posible, para tratar de adaptar el ordenamiento jurídico a esa realidad, que no se puede desconocer y que debe ser regulada, con el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la doctrina científica en Francia ha expresado su preocupación por la ruptura del principio de equilibrio de poderes, que puede conllevar la informatización de un órgano del Estado frente a los otros, haciendo específica alusión a la preeminencia del Ejecutivo frente al Poder Legislativo y por supuesto en última instancia, frente al Poder Judicial.

La información jurídica en la sociedad de la información, se almacena, organiza y transmite sin límites de tiempo o de espacio físico, con gran celeridad, eficacia y fidelidad. Ésta se almacena en bancos de datos que se pueden interconectar a través de redes de transmisión, que permiten a los operadores jurídicos el acceso y conocimiento de la misma.

Ello así, el nuevo Derecho tiene que darle cobertura legal a las instituciones jurídicas tradicionales, pero que han sido desbordadas y transformadas por las innovaciones tecnológicas. Así se debe regular la Administración Pública virtual, la firma digital, procedimiento administrativo electrónico, la dirección electrónica, el acto administrativo elec-

21 Pérez Luño, A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. p. 159.

trónico, la notificación electrónica, el teleproceso, los recursos administrativos electrónicos, su valor probatorio, es decir, todas las actuaciones administrativas formales y de los interesados que se realizan a través de soporte magnético, tales como diskettes, discos magnéticos u ópticos.

1.1.1. El Poder Legislativo ante las nuevas tecnologías

Partiendo del principio de que los órganos del Poder Público, deben actuar con estricta sujeción a la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico y que la Administración Pública, debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, guiada por el pleno y absoluto respeto de los derechos fundamentales, corresponde a la rama Legislativa del Poder Público proceder mediante ley, a establecer los principios que deben regular, con pleno valor y certeza jurídica, el empleo y la utilización de la informática y las telecomunicaciones, en las relaciones entre la Administración Pública y los particulares.

Sin embargo, hay que señalar que cualquier iniciativa en materia legislativa, debe tener presente que el desarrollo de las nuevas tecnologías, se produce de manera tan vertiginosa, que una ley muy rígida o excesivamente exhaustiva, está condenada al desfase en un período muy corto, dado que la velocidad con la cual se producen los cambios tecnológicos, convertirían a la más avanzada y progresista de las leyes en una norma jurídica vetusta, en muy breve plazo.

De allí que, el legislador tiene un doble reto que afrontar, por una parte darle cobertura legal a la actividad administrativa formal, que se realiza de forma digitalizada y por la otra, establecer un marco legal lo suficientemente flexible para que se pueda adaptar, mediante la vía reglamentaria, cada vez que el progreso tecnológico imponga un ajuste entre ésta y la realidad jurídica.

En tal sentido, se debe dar reconocimiento legislativo al uso de las nuevas tecnologías por los demás órganos del Poder Público y por los particulares en el desarrollo de su actividad cotidiana. Un ejemplo de ello, lo constituye la regulación de la actividad administrativa procedimental, a través de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, así como la regulación del uso de estos medios por los órganos jurisdiccionales, en los procesos que le corresponda tramitar y decidir.

En la actualidad se han dado los primeros pasos en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. De igual manera la reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras establece entre las novedades más importantes, la regulación del uso de las nuevas tecnologías en la actividad bancaria y financiera.

No obstante, la vinculación entre el Poder Legislativo y las nuevas tecnologías no se limita exclusivamente a otorgarle cobertura legal al uso de las mismas y a garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que el Poder Legislativo debe hacer uso de las nuevas tecnologías en el desarrollo de su actividad cotidiana.

Mediante la utilización de las nuevas tecnologías, el Poder Legislativo puede hacer consultas a la colectividad sobre temas de interés general, que son objeto de debate en el seno del Parlamento, con la finalidad de establecer un mecanismo adicional, que garantice el derecho a la participación en los asuntos públicos.

Además, los miembros del Poder Legislativo pueden utilizar las nuevas tecnologías para mejorar la productividad legislativa, las funciones de control del Ejecutivo, así como hacer más eficiente y económica la comunicación con los otros órganos del Poder Público.

Lo anterior supone comenzar por brindarle cursos o talleres de capacitación a los Diputados del Poder Legislativo, quienes en la actualidad carecen de conocimientos técnicos necesarios para hacer más efectiva y productiva su labor parlamentaria. Una vez superada esa primera faceta, se deberá proceder a capacitar al personal administrativo, que brinda el apoyo necesario a la actividad legislativa.

En conclusión, además de ejercer su competencia para legislar en materia de nuevas tecnologías, protección de datos para resguardar los derechos constitucionales al honor, intimidad y vida privada, podemos señalar que el Poder Legislativo en el ejercicio de sus funciones puede utilizar la informática documental, la informática de gestión, la telemática, el internet, el webcasting o netcasting, en el desarrollo de sus funciones constitucionales.

11.2. El Poder Ejecutivo ante las nuevas tecnologías

Señala Castells Arteché, siguiendo a Parejo Alfonso²² que si la reforma administrativa supone el perfeccionamiento y la mejora a realizar en la organización, el procedimiento, la función pública y la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, de la Administración como sujeto que actúa en desarrollo de la actividad administrativa y del interés general del cual es vicaria; y de la Administración como sujeto sometido a con-

²² Parejo Alfonso, L. El Estado Social y Administración Pública. Los postulados esenciales de la Reforma Administrativa. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. p. 21.

trol jurisdiccional, entonces debe considerarse que toda reforma, debe iniciarse a partir de la informática²³.

La rama Ejecutiva del Poder Público mediante los Reglamentos, demás actos normativos y los actos administrativos individuales debe completar la regulación jurídica destinada a garantizar la efectiva y plena operatividad de la informática y las telecomunicaciones, en el desarrollo de la actividad administrativa formal.

Además, el Ejecutivo debe establecer con precisión cuál será su política informática, tanto en la actividad de gobierno como en la actividad de la Administración Pública. La definición de las adecuadas políticas públicas, permitirán definir las relaciones entre el Gobierno y la Administración Pública con los particulares.

Las razones que justifican el diseño de políticas destinadas a determinar el uso de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la Administración Pública, son fundamentalmente dos:

1. La Administración Pública tiene un rol protagónico en el desarrollo social, dada su cada vez mayor participación en la vida diaria. De allí la importancia que tiene la definición de una política de implementación tecnológica de la Administración Pública, pues la misma puede dar el impulso necesario al desarrollo tecnológico del resto de la sociedad.
2. Las condiciones de funcionamiento interno de la Administración Pública, requiere de una reorganización mediante la implementación de un nuevo modelo organizacional, que garantice una mayor eficiencia y eficacia, así como la participación efectiva de los particulares. Ello se puede alcanzar mediante un proceso de transformación en la gestión pública, que suponga una verdadera gerencia pública, la implementación de las nuevas tecnologías, así como la reforma política, jurídica y cultural en la forma tradicional de funcionamiento de la Administración Pública.

Esta política debe comenzar por asumir como una necesidad imperiosa del Estado, el proceso de adaptación de las actividades del Ejecutivo a las nuevas tecnologías mediante su implantación y utilización por los funcionarios públicos.

También mediante la normativa de rango sublegal, se permitirá que de manera progresiva, se vaya adaptando la actividad administrativa, a los sucesivos avances de la telemática.

²³ Castells Arteché, J.M. La Limitación Informática. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991. p. 931.

La utilización de las nuevas tecnologías por la Administración Pública contribuirá a la automatización de la tramitación de los procedimientos, de la mecanización de las consultas y la resolución más expedita de los asuntos sometidos a su consideración.

Mediante el uso de la telemática, se puede suministrar información de manera oficial y jurídicamente válida, a todos los interesados a través de las páginas web o cualquiera de las otras formas de comunicación.

Igualmente, la Administración puede recibir y enviar información, datos, documentos o archivos a otros órganos de la Administración Pública, así como a los particulares, mediante el uso de la telemática.

Una de las formas de contribuir a hacer realidad, la intención del legislador, plasmada en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos es mediante el empleo de las nuevas tecnologías, aplicadas a la actividad administrativa, pues las mismas permiten la racionalización, la eficiencia, la eficacia, la transparencia y la simplificación de la actividad administrativa, los cuales constituyen principios cardinales establecidos en el artículo 141 de la Constitución.

En España -nuestro modelo histórico en materia de procedimiento administrativo-, la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, reconoce en el artículo 45, la incorporación de medios técnicos, al procedimiento administrativo. En tal sentido señala:

“1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.

2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.

4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.

5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes”.

Esta norma, debe ser concatenada con el artículo 38 de la misma Ley, en lo que respecta a los registros de las Administraciones Públicas.

Esta norma, tal como lo señala Pérez Luño²⁴, pretende cambiar la concepción tradicional de la actividad administrativa procedimental, pues ella propugna porque:

1. Se establezca una nueva concepción de la Administración Pública, pues el uso de la informática entraña un cambio cualitativo, de la imagen de la gestión pública, tal como lo propone la Exposición de Motivos y especialmente, el artículo 45.1 de la Ley.

2. Se cree una nueva organización administrativa, lo que se verá reflejado en la exigencia de registros generales y de los registros que se establezcan para la recepción de los escritos, instancias y documentos de los particulares y de los demás órganos de la Administración Pública, que deberán realizarse en soporte informático.

3. Adicionalmente, se establece la posibilidad, que a través de los convenios de colaboración entre los órganos de las Administraciones Públicas se establezcan los sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como las transmisiones telemáticas de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros (artículo 38.4).

4. Se conciba, desarrolle y proyecte una nueva imagen del procedimiento administrativo. Esto supone el pleno reconocimiento jurídico de la posibilidad de utilizar los medios informáticos, electrónicos y telemáticos para el desarrollo de la actividad administrativa procedimental.

Lo anterior evidencia, que en nuestro país, la convergencia de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática darán origen a la prestación de nuevos servicios por los órganos de la Administración Pública, mediante el uso de la informática, la telemática y del webcasting.

El fenómeno de la globalización y la convergencia de las tecnologías nos sitúan ante uno de los grandes desafíos del Derecho Administrativo, dado

²⁴ Pérez Luño, A. *Manual de Informática y Derecho*. Ariel. Barcelona. 1996. pp. 89-92.

que es necesario determinar si la regulación jurídica vigente, puede ser aplicada por la Administración Pública, dentro del contexto de las transformaciones tecnológicas, en las relaciones con los particulares. En caso de no ser así, se deberá reformar la legislación con la finalidad de otorgarle plena cobertura legal a la aplicación de las nuevas tecnologías, en la actividad administrativa ordinaria.

La Administración Pública requiere para afrontar estos retos:

- Establecer una plataforma tecnológica adecuada, que sea abierta, para que permita la adaptación y transformación con la rapidez que lo requieren los avances tecnológicos.
- Capacitar a los funcionarios para operar los equipos y tecnologías, que demanda la sociedad de la información.
- Contar con un censo de los eventuales usuarios, administrados o contribuyentes, para saber qué infraestructura y equipos requiere, para actuar con la eficacia y celeridad que éstos demandan.
- Convencer a la sociedad -mediante el marketing público-, que resulta tan confiable el uso de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la actividad administrativa, como ha sido tradicionalmente con la actividad realizada en soporte impreso.

Lo anterior, lleva a proponer -tal como lo hemos recomendado en otras muchas ocasiones-, que se realice una reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que adapte la actividad procedimental de la Administración Pública a los avances tecnológicos y que garantice la racionalización, la eficiencia, la eficacia, la transparencia y la simplificación de la actividad administrativa formal, pero esta modificación legislativa de los procedimientos administrativos, debe ir acompañado de un cambio de estructura organizativa y de cultura organizacional, tal como lo exige la sociedad del presente siglo.

11.3. El Poder Judicial ante las nuevas tecnologías

La rama Judicial del Poder Público es la encargada de garantizar la protección de los derechos fundamentales y de ejercer el control jurisdiccional pleno de los otros órganos del Poder Público.

Los órganos jurisdiccionales tienen la función constitucional de garantizar el Estado de Derecho y en consecuencia deben velar por la preservación de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, por la conservación del principio de legalidad, por

el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, porque se mantenga la separación de las ramas del Poder Público.

Por ello, los órganos jurisdiccionales deben contar con los instrumentos jurídicos adecuados, para ejercer la potestad de juzgar la actividad administrativa, que realizan los órganos del Poder Público a través de la telemática.

Además, los órganos jurisdiccionales deben estar legalmente habilitados para utilizar las máquinas, los equipos, las tecnologías, los sistemas informáticos y los servicios de telecomunicaciones, para llevar a cabo la función jurisdiccional, es decir, de poder realizar la función de juzgamiento, a través de la telemática.

Lo que estamos mencionando, es la utilización de la telemática por el Poder Judicial, para producir citaciones y notificaciones con la certeza jurídica, de que efectivamente se hicieron a la persona, que debe ser emplazada a contestar o realizar algún otro acto procesal; igualmente debe establecerse la posibilidad de promoción y producción de los medios probatorios, que consten o puedan ser traídos a los procesos, en soporte magnético o digital.

Ello así, el Derecho de la informática debe establecer las normas jurídicas que regulen la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, por los órganos del Poder Judicial. Amén de esta regulación, se establecerá con seguridad jurídica la validez de la utilización de la informática jurídica en el Poder Judicial, la cual se proyecta en sus tres vertientes: La documental, la decisional y la de gestión.

1. La informática jurídica documental, para obtener información de la Gaceta Oficial, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de la doctrina científica. Señala Pérez Luño que ello lleva a que la exhaustividad de la documentación judicial, más que un mero requisito del correcto funcionamiento técnico de los órganos jurisdiccionales, constituya una garantía de transparencia e imparcialidad de la justicia, consagrada en el artículo 26 de la Constitución²⁵.

2. La informática jurídica de gestión es utilizada para automatizar y estandarizar la actividad ordinaria del tribunal, lo que permite transparencia, celeridad y economía en la gestión del órgano jurisdiccional.

La informática jurídica de gestión, permite que el proceso pueda realizarse a través de las computadoras, que debidamente programadas, con

²⁵ Pérez Luño, A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996. pp. 94.

los controles y alarmas, brinden seguridad de la oportunidad en la cual deben llevarse a cabo las distintas actuaciones.

Mediante la gestión informatizada se debe propender, a que todo el proceso se realice a través de las nuevas tecnologías, lo que supondría la presentación de demanda o recursos, contestaciones, escritos de pruebas o informes, autos y sentencias en soporte electrónico. Incluso mediante el multimedia, se podrían realizar audiencias, grabar y reproducir imágenes, sonidos y voz de las actuaciones orales.

3. La informática jurídica decisional está dirigida a suministrar, mediante la utilización de sistemas expertos, diagnósticos o dictámenes sobre asuntos jurídicos, que permitan adoptar las decisiones que resuelvan el conflicto, pero no puede resolverse el caso y menos aun, sustituir al juez, en la decisión.

En Venezuela, se ha venido desarrollando de forma progresiva un proceso de informatización jurídica en el Poder Judicial. De ello da cuenta el Tribunal Supremo de Justicia, que a partir de octubre de 1999, comenzó a instalar un nuevo modelo organizacional y un sistema integrado de gestión, decisión y documentación, denominado Tepuy XXI, que en la actualidad se encuentra plenamente instalado y operativo, brindando las herramientas y soporte necesarios para la función jurisdiccional. Igualmente, los órganos jurisdiccionales de los Estados Anzoátegui y Lara, que han sido escogidos como pilotos, dentro de un proyecto que persigue la informatización de todo el Poder Judicial, se encuentran en proceso de implantación del nuevo modelo organizacional y del sistema integrado de gestión, decisión y documentación, denominado Juris 2000.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 7 de 1° de febrero de 2000, señaló que para dar cumplimiento a los principios de brevedad e informalidad, la notificación de la admisión de la acción de amparo constitucional podrá ser practicada mediante boleta, telegrama, comunicación telefónica, fax, correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación interpersonal.

Esta sentencia de trascendental importancia, por la interpretación constitucional que contiene del proceso de amparo, tiene que ser considerada en lo que respecta al uso de los medios electrónicos de comunicación entre los órganos jurisdiccionales y los justiciables, como una exhortación al legislador, pues en el estado actual de nuestro Derecho, no existe una regulación procesal que contemple la utilización de estos medios, para realizar las citaciones o notificaciones con certeza jurídica, de aquellas personas a la que van dirigidas y en quien se deben practicar las mismas. Por ello, consideramos que la prudencia aconseja, que sea el

legislador quien determine en qué casos y cuáles son los requisitos que se deben dar para que se considere jurídicamente válida la citación o notificación electrónica en vía jurisdiccional.

Incluso debemos señalar, que en la primera versión del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que elaboramos a requerimiento de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, habíamos establecido algunas normas que regulaban la utilización de medios electrónicos en el proceso contencioso administrativo, pero luego de la revisión y reflexión sobre el texto, desde la perspectiva de los principios constitucionales sobre la justicia, llegamos a la conclusión que sería mejor no incluir normas en tal sentido en el respectivo proyecto de Ley, dejando abierta la posibilidad que luego se dictase una ley que admitiese el empleo de los medios electrónicos en todos los procesos que se llevan ante los distintos órdenes jurisdiccionales o que en todo caso, se estableciese esa posibilidad en el Código de Procedimiento Civil, el cual resulta aplicable a todos los procesos, incluido el contencioso administrativo.

La razón fundamental para realizar la exclusión de las normas que regulan los medios electrónicos en el proceso contencioso administrativo, fue evitar establecer normas dispersas e incluso contradictorias para los distintos procesos, en contra de los principios de simplificación, uniformidad y tramitación eficaz, que garanticen que el proceso sea efectivamente un instrumento para garantizar la justicia, tal como lo consagra la Constitución.

En fin, los órganos jurisdiccionales deben tener plenos poderes para juzgar la actividad administrativa que a través del uso de la telemática, realizan los demás órganos del Poder Público y también deben ser autorizados por el legislador, para utilizar la telemática en el ejercicio de su función de juzgar.

11.4. El Poder Electoral ante las nuevas tecnologías

El cuarto poder lo constituye el denominado Poder Electoral, que tiene atribuida la competencia en todos los aspectos vinculados con el ejercicio de la participación política en los asuntos públicos y privados.

Durante la década de los noventa, se realizaron varios procesos electorales mediante el empleo de las nuevas tecnologías, pero la manera como han sido utilizadas éstas, no ha garantizado la transparencia de éstos procesos. Como prueba de ello, se puede mencionar que en las elecciones de 30 de julio de 2000, el día de los comicios se emitió un primer boletín por el Consejo Nacional Electoral, en el cual aparecían como

ganadores en los Estados Mérida, Táchira y Anzoátegui, candidatos contrarios al partido oficialista nacional, pero luego en los cómputos finales e invocando la utilización de distintos tecnicismos, todos los candidatos del sector oficialista, obtuvieron el triunfo electoral.

La existencia de irregularidades en el proceso electoral habían sido denunciadas con anterioridad a la realización de las elecciones y dio origen a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, suspendiese las elecciones que se realizarían el día 28 de mayo de 2000, lo que dejó una sombra de dudas sobre la fiabilidad del uso de las tecnologías en los comicios electorales ²⁶.

Lo dicho nos lleva a considerar, que el uso de las nuevas tecnologías en los procesos electorales debe hacerse de manera que garanticen en forma efectiva, la expresión de la voluntad popular, que debe conducir a unos resultados electorales que no arrojen dudas sobre los resultados.

Por ello, quizás sea necesario que el Poder Electoral en futuras elecciones o referendums, empleen aplicaciones tecnológicas que permitan realizar las elecciones en línea (on line) o cualesquiera otras, que permitan garantizar, que una de las formas de ejercicio de la participación política, como lo es el proceso electoral, produzca un resultado fiel a lo expresado por los votantes.

Lo anterior significa que la utilización de las nuevas tecnologías, deben garantizar la confianza de los ciudadanos, en el ejercicio de una de las formas de la democracia digital.

11.5. El Poder Ciudadano ante las nuevas tecnologías

La Constitución estableció como quinto poder, el denominado Poder Ciudadano integrado por tres órganos: La Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

Estos órganos del Poder Público deben actuar en cumplimiento de la Constitución y la ley, en consecuencia toda actividad que realicen los mismos, debe respetar y garantizar los derechos constitucionales y los principios del Estado de Derecho.

Así tenemos, que los órganos del Poder Ciudadano también pueden utilizar la informática jurídica, valga decir, la informática documental, la informática de gestión y la informática decisional, en los términos que hemos explicado antes. Por supuesto, que todo ello será posible en la

²⁶ Centro Carter. Observando el Cambio Político en Venezuela: La Constitución Bolivariana y las Elecciones 2000. Abril. 2001.

medida que se realicen las adecuadas políticas de fomento y aplicación del uso de la informática.

Igualmente, podrán emplear la telemática en sus relaciones con los demás órganos del Poder Público y con los particulares, así como intervenir de manera activa en los procedimientos administrativos y en aquellos procesos judiciales, en los cuales el Derecho Informático, admita el uso de las nuevas tecnologías.

La necesidad de garantizar protección a las personas y que éstas puedan tener real y efectivo acceso a las nuevas tecnologías, lleva a analizar un aspecto que muchas veces se ha dejado de lado en esta carrera irrefrenable por el progreso, la modernización y la competencia, que han emprendido la sociedad y el Estado. Esto nos lleva a referirnos al papel que desempeña el hombre en la sociedad de la información.

12. DEL HOMO SAPIENS AL CIBERCIUDADANO

La aparición de la sociedad de la información constituye una doble conquista del hombre frente al Poder Público, pues el surgimiento de la misma ha supuesto en primer término, el paso del uso exclusivo por los Estados, de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, basándose para ello en razones de seguridad y defensa nacional. En segundo lugar, la sociedad de la información, ha venido a significar la democratización de las nuevas tecnologías y en consecuencia, tanto de la información como del conocimiento, que se producen, transmiten y reciben a través de ellas, dado que mediante su utilización, el hombre visto en su dimensión social, no solo puede comunicarse con otros hombres, sino también puede hacer negocios, adquirir bienes, prestar servicios o recrearse.

Las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones contribuirán al desarrollo social, científico, cultural e incluso político, pero sobre todo, su uso debe garantizar la libertad, la justicia, la igualdad, el respeto a la dignidad y la preeminencia de los derechos humanos.

Así las cosas, se puede afirmar que las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones constituyen los pilares fundamentales para el libre desenvolvimiento de la personalidad, como núcleo esencial del desarrollo de la persona humana en la sociedad de la información. Por ello, tal como lo expresa Ortíz Chaparro²⁷:

²⁷ Ortíz Chaparro, F. Los impactos sociales de las autopistas de la información. Actualidad Informática Aranzadi. N° 17. Pamplona. 1995. p. 12.

“Las autopistas serán medios de comunicación universal sorprendentemente baratos, porque sus ingredientes principales, la informática y la comunicación, se hacen cada día más asequibles. Pero la navegación por ellas, de manera que se consiga obtener el máximo de sus capacidades potenciales, requiere un aprendizaje y una práctica. Y, sobre todo la diestra utilización de las herramientas intermediarias, fundamentalmente el ordenador. Sólo así se conseguirá el efecto último de las autopistas: la simbiosis entre el hombre y la máquina. La fusión en una especie de superestructura tecno-cultural de los distintos mundos humanos: el material, el sociopsicológico y el cultural. Y aquí es donde producirán sus principales efectos sobre la economía, la política, la cultura, la sociedad y el individuo”.

Sin embargo, como destaca Davara “el individuo no se encuentra preparado para ello y, lo que es peor, en general, vive ajeno a ello. Si bien es cierto que existe una nueva mentalidad de adaptación y mayor receptividad a lo que se ha dado en llamar el desarrollo tecnológico, también es cierto que la cultura sobre él es mínima y la despreocupación -seguramente ante problemas más acuciantes, cercanos y de mayor incidencia en el aspecto material o de repercusión inmediata en la persona- es grande o total”²⁸.

Ello se refleja en la falta de cultura de los operadores de las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, que al requerir hacer uso de ellas, constatan que carecen de la instrucción y formación para su utilización, el empleo de las mismas les resulta hostil, en particular para los funcionarios públicos, acostumbrados a actuar durante muchos años, bajo métodos actualmente primitivos. Además existe deficiencia de formación en el personal que debe aplicar las nuevas tecnologías:

- Las personas en términos generales y los funcionarios públicos en particular, carecen de la instrucción técnica adecuada.
- No existe un cuerpo de funcionarios especializados en la gestión de las nuevas tecnologías, por lo que se requiere crearlos.
- No existen o son escasos los programas de formación de los usuarios de las nuevas tecnologías.
- La movilidad laboral, la escasez del personal y la competencia en el sector privado, llevan a la huida o rotación de los empleados, lo que dificulta aún más, contar con el potencial humano necesario para el desarrollo tecnológico.

A lo anterior se suma el hecho, que las personas de menos recursos económicos o de menos instrucción, quedan excluidas automáticamente del

²⁸ Davara Rodríguez, M.A. De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual. p. 26.

uso y disfrute de las nuevas tecnologías, situándose al margen de la casi totalidad de la actividad de la sociedad de la información.

En efecto, quien no tiene acceso a las nuevas tecnologías se transforma en un marginado social, cultural, científico y por supuesto tecnológico, hecho éste que lo convierte en una persona con menos conocimientos, menos información cada día, situación que lo lleva a ser menos competitivo en el mercado laboral, por las dificultades de comunicación, por no tener la información adecuada y por ser más costosos los productos que realiza.

La situación señalada conduce al aislamiento del individuo y a su empobrecimiento material y moral, lo que en definitiva incidirá en el grado de desarrollo que puede alcanzar la sociedad.

Lo anterior lleva a señalar, que cualquier política pública que establezca los gobiernos destinadas a fomentar el desarrollo, uso y explotación tecnológica, supone que quienes las elaboran, tomen conciencia de que la tecnología debe estar al servicio del individuo y no éste al servicio de aquéllas.

De allí que junto a las políticas públicas de fomento del uso de las tecnologías, se deban elaborar políticas destinadas a la concientización, instrucción, formación y capacitación del individuo, que le permitan el uso de la manera más eficiente y provechosa posible, de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en su vida cotidiana, su actividad profesional, el ocio y la recreación, en fin, que lejos de constituir las nuevas tecnologías un instrumento aislante y de exclusión del individuo, en una sociedad para la cual no se encuentra culturalmente preparado, le permita integrarse y le garantice que el individuo se convierta en un ciberciudadano, un ciudadano con una visión universal de la información y el conocimiento, apto para interactuar en el marco de desarrollo y progreso que exige la sociedad de la información y que le garantice alcanzar la mayor suma de bienestar y prosperidad.

Consideraciones Finales

El Poder Público no puede estar a la zaga de los particulares en la utilización de la informática y las telecomunicaciones. Por ello, se hace necesario desarrollar políticas públicas dirigidas a promocionar la investigación tecnológica, capacitar a profesionales y técnicos del Estado y a los particulares en el conocimiento de las nuevas tecnologías, incentivar el uso de las tecnologías en la actividad intergubernamental y en las relaciones que se instauren entre los órganos del Poder Público y los particulares.

El Derecho Administrativo a comienzos del Siglo XXI, en el contexto del Estado de Derecho, debe afrontar los retos del desafío tecnológico, con la finalidad de brindar soluciones a la deficiencia tecnológica, soluciones que se puede comenzar a materializar respondiendo a algunas de las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo se pueden utilizar las nuevas tecnologías, para brindar una mayor eficiencia y eficacia de los órganos del Poder Público?
2. ¿Cómo se pueden mejorar los servicios públicos, mediante la utilización de las nuevas tecnologías?
3. ¿Cómo proporcionar educación, medicina preventiva y seguridad social efectiva a través de las nuevas tecnologías?
4. ¿Cómo considerar legalmente válidas las comunicaciones y las informaciones que suministren los órganos del Poder Público, así como las consultas que realicen los particulares, mediante el empleo de las nuevas tecnologías?
5. ¿Cómo realizar las elecciones para la designación de las autoridades políticas, a través de los medios electrónicos?
6. ¿Cómo garantizar la participación de la sociedad e incluso cómo incorporar a las clases sociales, económicas, cultura y tecnológicamente marginadas, en el uso de las nuevas tecnologías, en sus relaciones con el Poder Público?
7. ¿Cómo garantizar que las nuevas tecnologías, brinden seguridad jurídica y que transmitan confiabilidad a los usuarios?

La adecuada regulación de estas situaciones debe garantizar la transparencia en la gestión pública, la correcta formulación de las consultas públicas, la participación ciudadana en las políticas que afectan a la colectividad, el acceso a la información, la legalización de la actividad procedimental digitalizada e incluso el control de la moralidad pública, al lograrse una mayor transparencia presupuestaria y contable de los ingresos y los gastos públicos.

Por otra parte, ello supondrá una reforma de los órganos del Poder Público, el desarrollo de auténticas políticas de gerencia pública dirigidas a capacitar de forma continua a los funcionarios públicos, para la utilización eficiente de las nuevas tecnologías y desarrollar políticas de mercado público para que los particulares utilicen y confíen en la seguridad

que brindan las telecomunicaciones y la informática en el marco del Estado de Derecho.

Lo expuesto lleva a concluir, que el impacto de las telecomunicaciones y la informática en el Derecho Administrativo del nuevo milenio, no sólo supondrá el empleo de un nuevo lenguaje en las relaciones entre los órganos del Poder Público y los particulares, al utilizar expresiones como ciberciudadanos, funcionarios virtuales, gobierno electrónico, actos administrativos en soporte electrónico que serán de uso común en las leyes que regulen la actividad administrativa de los órganos del Poder Público; sino que además supondrá una auténtica y real transformación en el funcionamiento del Estado, que debe conllevar a una mayor participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia y en definitiva a que la sociedad alcance un mayor nivel de vida, en el marco del estado de bienestar. Sin embargo, tan anhelado nivel de desarrollo, no será posible, si no se considera que en el centro de semejante despliegue tecnológico debe estar presente la persona, en toda su dimensión humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez del Bozo, M.; Ávila Hernández, F. M. y Peñaranda Quintero, H. *La Libertad Informática: Derecho fundamental en la Constitución Venezolana. El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000.
- Aguadero, F. *La Sociedad de la Información*. Acento Editorial. Madrid. 1997.
- Arias de Rincón, M. I. El valor probatorio de los documentos suscritos electrónicamente. *Revista Tachirensis de Derecho*. N° 11. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 1999.
- Ávila Hernández, F. M. La libertad informática, la protección de los datos personales y el flujo de los datos transfronterizos. *Revista Tachirensis de Derecho*. N° 11. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 1999.
- Castells Arteché, J. M. *La limitación informática. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991.
- Centro Carter. *Observando el Cambio Político en Venezuela: La Constitución Bolivariana y las elecciones 2000*. 2001.
- Comisión Andina de Juristas. *La Reforma Judicial en la Región Andina. ¿Qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?*. Lima. 2000.
- Davara Rodríguez, M. A. *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*. Aranzadi. Pamplona. 1996.
- Frosini, V. *Informática y Administración Pública*. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. N° 105. 1984.
- García-Pelayo, G. *Telecomunicaciones y Sociedad de la Información en la Unión Europea. Derecho de las Telecomunicaciones* (Coord. Cremades). *La Ley*. Madrid. 1997.
- González-Tablas, R. *Los Nuevos Problemas Legales de los documentos y datos en soportes informáticos*. En *El Abogado. Formación, deontología y organización del despacho profesional*. Aranzadi. Pamplona. 1994.

- Gordillo, A. La Administración. Función Pública. Una Reflexión Actual. El Derecho Público de Finales de Siglo. Una Perspectiva Iberoamericana. Civitas. Madrid. 1997.
- Gore, A. La Infraestructura Nacional de Datos (NII) de los Estados Unidos de América: Agenda para la Acción. (Tr. Rafael Fernández Calvo). Revista Novática N° 110. Asociación de Técnicos de Informática. Barcelona. 1994.
- Hernández-Mendible, V.R. Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 2. 2000.
- Hierro Sánchez-Pescador, L. Seguridad jurídica y actuación administrativa. Documentación Administrativa. N° 218-219. INAP. 1989.
- Joyanes Aguilar, L. Cibersociedad: la nueva sociedad de la información. (Orígenes, evolución e implantación). Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales. Informática y Sociedad. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología León XIII. Fundación Pablo VI. N° 9. 1997.
- Martín Mateo, R. La Administración. Función Pública. La función pública del siglo XXI. El Derecho Público de Finales de Siglo. Una Perspectiva Iberoamericana. Civitas. Madrid. 1997.
- Matías Clavero, G. Internet, Exponente del Paradigma de la Emergente Sociedad de la Información. La Liberalización de las Telecomunicaciones en el Mundo Global. (Coord. Cremades y Mayor). La Ley. Madrid. 1999.
- McLuham, M. y Powers, B.R. La Aldea Global. Gedisa Editorial. Barcelona. 1996.
- Merino Gabeiras, C. y Sotillos Sanz, L. Internet: La Antecámara de la sociedad de la informática. Curso de Derecho de las Telecomunicaciones. Dykinson. Madrid. 2000.
- Nonell Galindo, J. La informática jurídica en los Estados Unidos. El acceso a la Administración Jurídica por computador. Revista de Administración Pública N° 83. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977.
- Núñez Luque, I. ¿Quién teme a internet? Reflexiones acerca de su gobierno y de su jurisdicción. La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global. (Coord. Cremades y Mayor). La Ley. Madrid. 1999.
- Ortíz Chaparro, F. Los impactos sociales de las autopistas de la información. Actualidad Informática Aranzadi. N° 17. Pamplona. 1995.
- Palomar Olmeda, A. La utilización de nuevas tecnologías en la actuación administrativa. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 87. Madrid. 1995.
- Parejo Alfonso, L. La Administración. Función Pública. El Derecho Público de Finales de Siglo. Una Perspectiva Iberoamericana. Civitas. Madrid. 1997.
- Peces Barba, G. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid. 1995.
- Pérez Luño, A. Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las Nuevas Tecnologías de la Información. Madrid. 1987.
- Pérez Luño, A. Manual de Informática y Derecho. Ariel. Barcelona. 1996.
- Revuelta del Peral, J. Impacto de las Telecomunicaciones en la Sociedad. La Liberalización de las Telecomunicaciones en el Mundo Global. (Coord. Cremades y Mayor). La Ley. Madrid. 1999.
- Rico Carrillo, M. Naturaleza jurídica, características y clasificación de las tarjetas electrónicas como medio de pago. Revista Tachirense de Derecho. San Cristóbal. N° 11. 1999.
- Rodríguez Pacanins, O. Los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico a la luz de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Revista Tachirense de Derecho. N° 12. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 2000.
- Rodríguez, G. S. Habeas Data en los umbrales del Siglo XXI. Revista Tachirense de Derecho. N° 12. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 2000.

El Amparo Sobrevenido

RUBÉN LAGUNA NAVAS*

CON MOTIVO DE LA ENTRADA en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Doctrina así como la Jurisprudencia, han desarrollado prolijamente dos manifestaciones de la acción de amparo, como son: el Amparo Autónomo y el Amparo Acumulado; sin embargo, se puede apreciar otra modalidad de este medio de protección Constitucional como es el denominado *Amparo Sobrevenido*, el cual, a diferencia de los anteriores, ha recibido un escaso tratamiento, debido quizás a la manera confusa como se concibió su formulación legislativa, aunado a las especialísimas condiciones para su ejercicio; todo lo cual se pone de manifiesto en la exigua producción jurisprudencial que sobre la materia han generado los tribunales venezolanos. Estas circunstancias justifican a nuestro modo de ver el interés por el tema, sobre el cual intentamos incrementar algunas dudas en torno a la manera como deberían aplicarse ciertos conceptos fundamentales del derecho procesal, como los relativos a la legitimación para recurrir, el objeto del recurso, el Tribunal competente, el procedimiento y los efectos de la decisión, con el propósito de mantener abierta una discusión que permita ir delineando el verdadero sentido —si es que en efecto lo tiene— de esta especial manifestación del amparo en Venezuela.

I.

La norma que prevé la figura *in comento*, se encuentra recogida en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Su contenido es el siguiente:

* Universidad Central de Venezuela, Profesor por Concurso de Oposición. Tribunal Supremo de Justicia, Abogado Asistente de Magistrado. Este trabajo, originalmente preparado para una publicación organizada por la Universidad Central de Venezuela, se incluye en este Libro por cuanto han pasado seis meses desde la fecha de su entrega sin que la misma se haya materializado.

No se admitirá la acción de amparo:

(omissis)

Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o la amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado.

La disposición anteriormente transcrita permite algunas consideraciones preliminares:

En contraste con el amparo autónomo y el amparo acumulado, que tienen su base legal en el Título I, correspondiente a las disposiciones fundamentales de la Ley, el amparo sobrevenido forma parte del Título II, relativo a las causales de inadmisibilidad. A nuestro modo de ver, resulta incongruente ubicar una disposición que indica un supuesto bajo el cual puede intentarse una acción de amparo, dentro de un Título que precisamente regula lo contrario, como son los casos en que ésta no puede ser admitida.

Planteada la observación anterior, se impone realizar un examen más en detalle de la norma en cuestión para tratar de despejar las interrogantes formuladas al inicio.

Conforme a la misma, la acción de amparo resulta inadmisibile cuando se ha «optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes». Esta expresión confirma el carácter extraordinario del amparo, declarado reiteradamente por nuestra jurisprudencia, con el fin de evitar que la institución se convierta en el único medio de protección constitucional, relegando el resto de las vías especialmente diseñadas por el legislador con la finalidad de atender los diferentes motivos que dan lugar a demandas o recursos. Sobre este particular, la extinta Corte Suprema de Justicia manifestó en sentencia del 23-5-88 (caso: FINCAS ALGABA), que la acción de amparo no puede utilizarse como:

sustitutiva de los recursos precisa y específicamente arbitrados por el legislador —en desarrollo de normas fundamentales— para lograr de tal manera el propósito que se pretende en autos. Si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no sólo esa, sino todas las vías procesales establecidas en nuestro sistema de Derecho Positivo, situación en modo alguno deseable ni deseada por el legislador de amparo.

En este mismo sentido, dicha Corte, en sentencia de la Sala de Casación Civil del 27 de abril de 1988, sostuvo lo siguiente:

Así, la oscura expresión del numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, «cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes», no puede entenderse nunca como una facultad libre de acudir o no a las vías establecidas, sino como la carga procesal del actor de utilizar el procedimiento preestablecido por la ley adecuado a su pretensión, carga que de incumplirse, produce la inadmisión del amparo instaurado (caso: HÉCTOR LUIS LÓPEZ-MÉNDEZ PARRA vs. AMÉRICA RENDÓN MATA).

Pero quizás lo más importante, si lo relacionamos con el tema que nos ocupa, es que el supuesto que contempla esta causal de inadmisibilidad impediría la posibilidad de que el amparo sobrevenido tenga el mismo objeto que la demanda principal. Dicho en otras palabras, si la acción de amparo versa sobre la misma materia del juicio ordinario que la precede, operaría la causal de inadmisibilidad, ya que se presumiría que el accionante dispuso de un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

Inmediatamente después de la causal de inadmisibilidad comentada, el referido numeral emplea la siguiente expresión: «*En tal caso*, al alegarse la violación o amenaza de violación (...)» (destacado añadido). En este contexto, habría que preguntarse, ¿qué significado tiene la frase: «En tal caso»? A nuestro juicio, dicha expresión equivale a: «En tal juicio» o «Si en el curso del juicio», ya que alude al supuesto anterior, es decir, a las vías judiciales ordinarias utilizadas o a los medios procesales preexistentes. Parece importante precisar esto, por cuanto la referida frase define el límite temporal dentro del cual podría intentarse la acción, en este caso, «el curso del juicio», de allí el calificativo de sobrevenido.

En este orden debe destacarse que, al hablar de «juicio», quedarían excluidos los procedimientos internos que se siguen dentro de la Administración, como escenario para este tipo de acción.

II.

Con respecto a la legitimación para recurrir, consideramos que ésta corresponde a las «partes» del proceso, no solamente al demandante en vía ordinaria, ya que la actuación u omisión que durante el juicio vulnere o amenace vulnerar derechos o garantías constitucionales, puede afectar indistintamente al sujeto que interpuso la demanda por vía ordinaria o a aquella contra quien ésta fuere ejercida. Pensar que la acción solamente tiene como legitimado activo al demandante en juicio ordinario, conduciría a una situación real de desventaja para la parte demandada en caso que el acto u omisión perturbador del derecho o garantía constitucional recaiga en su contra. En tal sentido, debe tenerse presente lo dispuesto

en el artículo 21 de la Ley reguladora de la materia, cuyo texto exige que: «En la acción de amparo los Jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes (...)».

En cuanto a la determinación del presunto agravante, a diferencia de lo anterior, habría que preguntarse: ¿qué personas podrían generar la violación o amenaza de violación del derecho o garantías constitucionales vinculados a un proceso judicial? En tal hipótesis es de suponer, en principio, que sean los actores del proceso los agentes activos del agravio. No obstante, sostenemos que cualquier tercero podría ocasionarlo, resultando aplicable en consecuencia lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el sentido de que toda persona, natural o jurídica podría ser pasible de la acción.

Ahora bien, especial consideración merece la figura del Juez, la cual estimamos debe quedar excluida de la legitimación pasiva del amparo, por las siguientes razones: primero: porque de manera expresa y precisa se contempla en la Ley Orgánica de Amparo la posibilidad de ejercer la acción, no sólo en contra de las sentencias dictadas por él, sino también contra cualquier acto ordenado por éste, que lesione un derecho constitucional; y segundo: porque de admitirlo, resultaría inadecuado e inconveniente, sobre todo para quien alega la violación, ya que se estaría dejando en manos del propio Juez, que presuntamente ha incurrido en violación de un derecho o garantía constitucional, la decisión del amparo que en su contra se intentare, convergiendo de tal suerte en su misma persona la cualidad de Juez y parte dentro del proceso, situación cuando menos inicua. Así lo ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de fecha 20 de enero de 2000, sostuvo lo siguiente:

Quando las violaciones a derechos y garantías constitucionales surgen en el curso de un proceso debido a actuaciones de las partes, de terceros, de auxiliares de justicia *o de funcionarios judiciales diferentes a los jueces*, el amparo podrá interponerse ante el juez que esté conociendo la causa, quien lo sustanciará y decidirá en cuaderno separado. (Cursivas añadidas)

III.

Otro aspecto a dilucidar es cuál sería el objeto de esta acción? Al respecto debe partirse de la consideración de las disposiciones generales contenidas en los artículos 1º y 2º de la Ley. Con base a éstas, el amparo sobrevenido puede ser ejercido contra cualquier hecho, acto u omisión que viole o amenace violar los derechos o garantías amparados por di-

cha Ley, que no son otros que los derechos y garantías previstos en la Constitución y aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuran expresamente en ella. La particularidad en la especie viene dada en virtud de que el hecho dañoso, objeto de la acción, debe ocurrir «durante el proceso». En otros términos, las actuaciones u omisiones lesivas pueden ocurrir, «dentro o fuera» del juicio, pero nunca «antes o después» del mismo. Tal restricción descarta forzosamente la posibilidad de ejercicio del amparo sobrevenido con arreglo a los mismos hechos que dieron origen al juicio ordinario, como fuere señalado.

Otra característica es que el agravio guarde relación con el debate procesal, ya que de no existir la necesaria conexión con el juicio, la acción a ejercer sería el amparo autónomo, para el cual rigen otras condiciones, especialmente en materia de competencia.

IV.

Estrechamente relacionado con lo anterior, está lo relativo al Tribunal competente. Según la disposición objeto de estudio, «al alegarse la violación o amenaza de violación, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos» que allí se precisan, lo que inmediatamente obliga a preguntarse, ¿cuál es el Juez que deberá conocer la controversia?, ¿aquel que está conociendo del juicio ordinario o cualquier otro Juez ante quien se interponga el amparo? Parece lógico suponer que se trata del mismo Juez que conoce de la demanda que se tramita mediante el juicio ordinario, más aun si consideramos a éste excluido como posible agravante, tal como se ha sostenido.

Se observa en este punto otro de los rasgos definidores del amparo sobrevenido: su excepcionalidad frente a las reglas generales de competencia, dispuestas en el artículo 7º de la Ley, según el cual:

Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En efecto, siendo el competente en nuestro caso el mismo Juez que conoce del recurso ordinario, previamente instaurado, los criterios de afinidad, grado y territorio quedan relevados en su totalidad. Sólo a modo de ejemplo bastaría señalar la hipótesis de un juicio sustanciado ante un Tribunal Superior «Z», donde haya sido denunciada como causa sobrevenida del amparo el derecho de asociación con fines lícitos, presuntamente vulnerado en una jurisdicción distinta a la del citado Tribunal, para

comprender cabalmente la excepción a la previsión general, ya que el Tribunal Superior «Z» —incompetente desde todo punto de vista, conforme a la norma citada— sería el llamado a conocer y decidir la controversia suscitada, y ello por una razón de orden práctico que es la siguiente: si consideramos que el motivo de este amparo debe guardar relación con las pretensiones del juicio ordinario que se tramita —ya que de lo contrario lo viable sería el amparo autónomo— una acción de esta naturaleza, planteada conforme a los criterios comunes del artículo 7 de la Ley, conducirían a un indeseado e inútil fraccionamiento de la causa, arriesgando así la unidad y uniformidad del acto de administración de justicia.

En términos análogos, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia antes referida, cuando sostuvo:

Con esta posibilidad, se hace evidente la necesidad de mantener esta importante manifestación del amparo constitucional debido a la ventaja de ser dictada dentro del mismo proceso en el cual se produce la lesión o amenaza de lesión de derechos constitucionales, manteniéndose así el principio de la unidad del proceso, al no tener que abrirse causas procesales distintas —con los retardos naturales que se producirían— para verificar si efectivamente se ha producido la violación denunciada. Igualmente, se lograría la inmediación del juez con la causa que se le somete a conocimiento, la cual no sólo incidiría positivamente en la decisión del amparo interpuesto, sino que también pudiera aportar elementos de juicio necesarios para tomar medidas, bien sean cautelares o definitivas, en la causa principal y en el propio amparo.

V.

Otro aspecto interesante lo constituye el procedimiento aplicable. Según la norma que comentamos, el Juez «deberá» acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley, los cuales regulan el procedimiento contradictorio, para diferenciarlo del amparo inmediato o dictado *inaudita alteram partem*. Este procedimiento contradictorio implica fundamentalmente una orden de comparecencia al presunto agravante para que dentro de un lapso de cuarenta y ocho (48) horas informe acerca de la pretendida violación o amenaza de violación de los derechos o garantías constitucionales denunciados, así como la oportunidad para que se produzca el acto oral y público donde se expresen los alegatos respectivos.

Es de hacer notar que la obligación del Juez de acogerse al referido procedimiento, constituía otro rasgo caracterizante del amparo sobrevenido que lo diferenciaba del amparo autónomo y de las modalidades del amparo acumulado, en los cuales podía el Juez, asumiendo una interpretación literal de la norma, tomar su decisión en forma inmediata, pres-

cindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la precediera, bastándole simplemente un medio de prueba que a su juicio constituyese una presunción grave de la violación o de la amenaza de violación del derecho o garantía reclamados. Por lo tanto, no compartimos en su oportunidad el criterio expresado en la sentencia del 10-07-91, emanada de la Corte Suprema de Justicia (caso: Tarjetas Banvenez), de incluir el amparo sobrevenido dentro de la clasificación del amparo acumulado, cuando consagró:

Por lo que atañe a la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales, el texto normativo en referencia contempla tres supuestos: a. la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3º); b. la acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la Administración (artículo 5º); y *la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6º. ordinal 5º sic)*. (Cursivas añadidas)

También diferimos del criterio de la sentencia, cuando califica al amparo sobrevenido como un amparo «acumulado» por cuanto el calificativo «acumulado» va referido a un mismo momento en que son interpuestos el amparo y el recurso principal, circunstancia ésta que no se produce en el amparo sobrevenido, que como su nombre lo indica y se ha expuesto, el motivo que da lugar a la acción surge, necesariamente con posterioridad a una demanda ya interpuesta, lo cual hace materialmente imposible que este amparo pueda ser ejercido de manera conjunta.

VI.

Por lo que se refiere a los efectos de la decisión en esta particular modalidad de amparo, la Ley señala que el Juez ordenará la «suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado». Debe destacarse que la expresión «suspensión provisional» parece redundante si entendemos que la palabra «suspensión» lleva implícito un carácter temporal. Resulta contradictorio además, que para este tipo de amparo el legislador no fijó el límite de la suspensión, utilizando la frase «mientras dure el juicio», empleada para los casos del amparo acumulado. Pensamos que esta omisión, presumiblemente deliberada, dejaría abierta la posibilidad de que el Juez ponga fin a los efectos de la medida cautelar en cualquier estado del juicio y no necesariamente cuando se produzca la sentencia, ya que si su intención hubiese sido confiar a la decisión final la suerte de la medida cautelar, lo hubiese dispuesto, como lo hizo para los casos del amparo acumulado.

Ahora bien, ambas decisiones, es decir tanto la que ordene la impresión del acto cuestionado, como la atinente al fondo, no escapan a nuestro juicio, la de la previsión contenida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, motivo por el cual las mismas son susceptibles de apelación o consulta y, por lo tanto, sujetos al principio de la doble instancia.

Con base al análisis de las interrogantes planteadas inicialmente, nos permitimos formular las siguientes consideraciones y proposiciones:

Consideraciones:

1. Las partes en el juicio ordinario son los legitimados activos de la acción, ya que son éstos los únicos que pueden «alegar» en el proceso.
2. Las partes, al igual que cualquier otra persona, podrían ser consideradas como legitimados pasivos del amparo.
3. El Juez no podría ser considerado como legitimado pasivo, ya que a éste le correspondería conocer de la demanda y en caso de que su acción u omisión afecten un derecho o garantía constitucionales, se aplicaría el artículo 4º de la Ley.
4. Existe un límite temporal para el ejercicio de la acción, que consiste en la duración del juicio que la precede.
5. Los hechos, acciones u omisiones que motivan la solicitud pueden ocurrir «dentro o fuera» del debate judicial, pero nunca «antes o después» del mismo.
6. El objeto del amparo sobrevenido no puede y no debe ser el mismo objeto del juicio común, ya iniciado.
7. El daño constitucional que se denuncia debe estar relacionado con el juicio al cual sobreviene el amparo.
8. El Tribunal competente es distinto del previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo. Única situación que a nuestro criterio justifica la consagración del amparo sobrevenido. Dicho de otro modo, la prescindencia de la regla especial referida al Tribunal competente convertiría al amparo sobrevenido en una hipótesis más del amparo general.
9. El Juez puede hacer cesar los efectos de la medida cautelar en cualquier estado del juicio y no necesariamente cuando se produzca la sentencia.

Recomendaciones:

1. Para una futura reforma de la Ley, debería separarse el párrafo que regula el amparo sobrevenido, de la causal de inadmisibilidad que encabeza el numeral 5 del artículo 6 de la Ley, y ubicarlo de manera independiente en el Título I, al igual que las disposiciones que prevén el amparo autónomo y el amparo acumulado, por la razón de fondo señalada al comienzo y con el propósito de lograr una ordenación lógica y coherente con el resto del contenido de la Ley, como lo aconsejan los principios elementales de la técnica legislativa.
2. La expresión «En tal caso», debería sustituirse por la expresión «En tal juicio» o «Si en el curso del juicio», a fin de aclarar y precisar el supuesto de hecho bajo el cual opera este amparo.
3. Debido a las características especiales que configuran el amparo sobrevenido en cuanto al procedimiento aplicable, el momento de su ejercicio y la posibilidad de dejar sin efecto la medida cautelar antes de dictarse la sentencia, no debería ser incluido dentro de la tipología del amparo acumulado.

Deseamos que estas breves reflexiones contribuyan a evitar que la norma que consagra el amparo sobrevenido se convierta en un simple enunciado, desprovisto de eficacia jurídica, sino que por el contrario permita despertar el interés necesario para imprimirle un verdadero sentido a esta manifestación del amparo dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

El régimen de concesiones públicas

SALVADOR LEAL W.*

INTRODUCCIÓN

LA CONCESIÓN EXPERIMENTA en Venezuela a partir de 1982 una resurrección. Durante los años 60 y 70 la gestión directa por empresas estatales e institutos autónomos casi hacen desaparecer la figura de los libros de derecho administrativo. El inevitable fracaso de la gestión directa, que se tradujo en corrupción, ineficiencia, alta deuda pública, crecimiento excesivo del gasto público, hicieron necesaria una opción distinta, pero mientras en otros países se avanza hacia la privatización y la desregulación, en Venezuela se prefirió volver a una figura que sólo significa cambiar monopolios públicos por monopolios privados como es la concesión. Así, en 1982 se dicta una ley de concesiones con una *vacatio legis* que se extendía hasta iniciarse el nuevo período presidencial, una vez iniciado este nuevo gobierno se prefirió seguir con el modelo de gestión directa y el siguiente gobierno se decantó por la privatización. Los últimos gobiernos buscan de nuevo rescatar la figura y se producen dos reformas, la última de ellas en 1999 que es aquí el objeto de estudio.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La concesión es el acto por el cual se transfieren el ejercicio de potestades administrativas a un particular, si bien no es extraño en Venezuela que el concesionario sea una empresa estatal, a cambio de una remuneración.

La concesión se da por tiempo limitado (Artículo 114, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, C.N. en adelante). Con la conse-

* La Universidad del Zulia (LUZ), Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Agregado (Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo). slealw@hotmail.com

cuenta reversión.¹ Cada vez que estas características se reúnan estaremos en presencia de concesiones sin importar el nombre que la ley les dé, así en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos se llama «licencias y permisos» a verdaderas concesiones (LOHG, artículo 24).

Una cuestión a dilucidar y no por mero interés academicista, es si se trata de actos administrativos o contratos, pues de ello dependerá el procedimiento aplicable en vía contencioso administrativa y, sobre todo, el lapso de caducidad del recurso o acción.

La doctrina extranjera en general la considera un acto administrativo.² La venezolana en cambio se pronuncia casi unánimemente, por su naturaleza contractual, no por la relación bilateral que surge, pues un acto administrativo puede hacer surgir relaciones bilaterales, sino porque surge de «Una oferta al público que formula la administración, y una simétrica propuesta de los particulares, estructura bilateral y, además, sinalagmática, que una vez perfeccionada sustantiva y formalmente, crea un complejo entramado de derechos subjetivos y obligaciones recíprocas».³

Y así lo ha admitido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de diciembre de 2000.⁴ Efectivamente los particulares no se hallan como en el caso de un acto administrativo en sujeción a la potestad antes de la concesión, sino que voluntariamente intentan cumplir con los términos de la oferta y tienen una relativamente amplia libertad para configurar su propuesta (artículo 27, Ley Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, L.C.). E incluso puede tomar la iniciativa para fijar los términos. (artículo 17 y ss. L.C.).

Siendo un contrato administrativo el procedimiento para resolver los conflictos es el establecido en el artículo 103 y ss. de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), en caso de fallar los métodos alternativos o no estar disponibles, pues se trata de una acción contra la República. Debe descartarse la absurda idea de que el procedimiento de acciones contra la República es sólo para acciones por responsabilidad ya que no hay fundamento jurídico alguno para esa postura.

¹ GARCÍA-TREVIJANO, José. *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, p. 244.

² Ídem.

³ Tribunal Supremo (España) en SOSA, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid. Civitas, 1997, pp. 117-118.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Vol. 12. Caracas, Pierre Tapia, 2000, p. 152.

1.1. Objeto

En la L.C. se regulan la concesión de obra pública y la de servicio público. Pudiendo incluir la construcción de la obra y su gestión o bien, sólo la gestión del servicio (artículo 2).

En la concesión de obra pública el concesionario se compromete a construir una obra pública pudiendo la remuneración venir de la gestión de la obra o de su participación en las ganancias de su gestión o de la gestión de una obra o servicio distinto de la ejecutada (artículo 3 L.C.). En el mismo artículo se contempla que la concesión de una obra provea los recursos para una obra futura. En tal caso, la obra en concesión deberá producir las ganancias del concesionario y, además, el capital para la construcción de la segunda. Capital que se forma por el ahorro forzoso de los usuarios de la primera obra. Si las tarifas son muy bajas, no habrá fondos disponibles para la nueva obra. Por otra parte, el mecanismo no cumple con el objetivo de la ley: incentivar la inversión de riesgo, pues el capital que se invierte en la segunda obra, lo aportan los usuarios, no el concesionario.

En materia de concesión de obras se incluyen en la L.C. obras que podrían ser objeto del contrato de obras: «aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un inmueble... por cuenta de la Administración (artículo 120, Ley de Contratos de la Administración Pública; nota autor: España) a cambio de un precio».⁵

Pero no en principio de la concesión ya que la retribución no podría provenir de las ganancias de la explotación, tendrían que provenir de las ganancias de otra obra (artículo 3, literal c, L.C.). Sólo este último mecanismo podría reconducir al contrato de concesión la construcción de infraestructura escolar y de salud, tomando en cuenta que son servicios públicos gratuitos (C.N. artículos 103 y 84). Y los edificios gubernamentales obviamente, no pueden ser objeto de gestión privada ya que se destinan al funcionamiento de los entes públicos y el acceso debe ser gratuito. Son sí objeto posible de concesión de obras públicas, la infraestructura hidráulica, desarrollos industriales y turísticos, viviendas de interés social y obras de saneamiento ambiental (artículo 15 L.C.).

La segunda concesión regulada en la L.C. es la de servicios públicos, por la cual se autoriza al concesionario para organizar, mejorar o gestionar un servicio público por su cuenta y riesgo. Entendiéndose aquí por servi-

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid. Civitas, 1995, p. 694.

cio público toda actividad destinada a satisfacer necesidades colectivas divisibles, individualizables y que «tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares».⁶

Básicamente los industriales y comerciales, pero también los administrativos.⁷ La remuneración se hará por los mecanismos arriba citados. Sin embargo, la concesión de servicios industriales y comerciales está prácticamente fuera del ámbito de la L.C. Los principales servicios de tales características están sujetos a otras leyes y en distintos grados desregulados y abiertos a la competencia. La electricidad se rige por la Ley de Servicio Eléctrico. Las telecomunicaciones a excepción de aquellas que requieren del dominio público, del espacio radioeléctrico, están abiertos a la libre competencia en un ambiente relativamente desregulado, y en todo caso sujetos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. El servicio de gas está sujeto a la LOHG que regula «los permisos y licencias» que tienen características de concesiones. El servicio de agua es competencia municipal (artículo 178 C.N.). Por demás no se plantea ninguna duda de la prevalencia de esas leyes espaciales sobre la L.C. , pues el artículo 4 de esta última la convierte en una norma supletoria de otras normas que regulan concesiones.

Sólo los servicios administrativos, carreteras, autopistas, aeropuertos, etc., quedarían como objeto de concesiones de servicio. La competencia para conservar y administrar autopistas, puentes y carreteras, es estatal (artículo 164, numeral 10 C.N.), pero su construcción sigue siendo competencia nacional y su administración debe hacerse en coordinación con el Ejecutivo Nacional, en cuyo caso sería aplicable el artículo 6 L.C. que permitiría operar a través de una mancomunidad, dado que la competencia de otorgar los contratos, corresponde a más de una entidad político territorial, República y Estado o Estados, construir al primero y administrar al segundo.⁸

2. FORMACIÓN DEL CONTRATO

El procedimiento se inicia de oficio o a instancia de parte (artículo 17 L.C.). Cuando es de oficio, la regla por demás puede tratarse de cualquier

⁶ MORELL, Luis. «La organización y forma de gestión de los servicios en los últimos 50 años». En *Revista de Administración Pública*, 1950, septiembre-diciembre. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 399.

⁷ BON, Pierre. «El régimen de las concesiones administrativas» en A.A.V.V. *II Jornadas Brewer Carías*. Caracas, FUNEDA, 1996, p. 245.

⁸ En contra ROMERO, Alfredo «Guía de lectura» en A.A.V.V. *Régimen legal de las concesiones públicas*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 213.

órgano o ente de la Administración Pública Nacional (artículo 4 L.C.). Es potestativo de los Estados y Municipios aplicar la L.C., artículo 5 ejusdem. Ya que forma parte de la autonomía de éstos la gestión de las materias de su competencia (artículos 164 y 168 C.N.). Si bien para la gestión de vías interestadales son de obligatoria formación (artículo 11, ordinal 3° Ley Orgánica de Delimitación, Descentralización y Transferencia de Competencias), la L.C. autoriza la creación de mancomunidades para otros servicios (artículo 6).

Un aspecto novedoso que tiene un antecedente remoto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española de 1995, reformada después de promulgada la L.C., que permite al particular introducir mejoras o soluciones técnicas en el proyecto e incluso estableciendo un objeto determinable,⁹ es la iniciativa particular en las concesiones que adquieren casi definitivamente carácter contractual.

Cualquier empresa interesada, hábil, de acuerdo a las condiciones de los artículos 20 y 21 de la L.C. podrá presentar propuestas para construir y gestionar o bien gestionar «obras, sistemas o instalaciones de infraestructura» (artículo 17 L.C.). No se habla de servicios, sólo obras. Deberá acompañar una memoria descriptiva, estudio de prefactibilidad y evaluación del impacto ambiental (artículo 17 L.C.). Debe demostrarse que los beneficios sociales excederán los costos sociales o bien permitirán reponer al estado previo el medio. Sólo si los beneficios del desarrollo económico y social son superiores se justifica la lesión al derecho a un medio sano (artículo 129 C.N.).

Pasados seis meses deberá darse una respuesta motivada, positiva o negativa. En caso de silencio debe aplicarse la norma del artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) o silencio rechazo, a falta de norma expresa en la L.C. Una vez aprobada la propuesta se abre un lapso de dos años para presentar el proyecto definitivo y seis meses después se abrirá a licitación la obra. En aquélla el proponente goza de un handicap favorable de 10% en el puntaje. Una vez aprobada la propuesta se hace irrevocable y el Estado estará obligado a indemnizar si quisiera hacerlo. En definitiva, la promesa precontractual tiene los mismos efectos del acto creador de derechos en la LOPA o del contrato definitivo. Se han criticado estas disposiciones por dejar de lado la Ley de Licitaciones.¹⁰ Sería altamente improbable que alguna empresa esté dispuesta a realizar la inversión que exige elaborar un proyecto, un estudio

⁹ SOSA, Francisco. *Opus Cit.*, p. 118.

¹⁰ RACHADELL, Manuel. «Aspectos Financieros de las Concesiones» en A.A.V.V. *Régimen...*, cit., p. 75.

de prefactibilidad y uno de impacto ambiental, si no tiene una garantía cierta de su éxito al licitar. En caso de no obtener la buena pro habría hecho una inversión superior a la de la empresa que la obtenga. Por eso L.C. establece el pago de esos gastos en caso de que un ente público o un tercero realicen la obra, a título de enriquecimiento sin causa.

2.1. La licitación

Cualquier empresa, nacional o extranjera solvente económica técnica y profesionalmente, podrá participar en la licitación. Se establecen ciertas inhabilidades que buscan asegurar «transparencia y respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia».¹¹

Si bien estas están en general justificadas, el artículo 21 L.C. se corresponde con el 20 LCAP española, tiene algunas imprecisiones y errores. Los literales a, c y f excluyen a toda persona jurídica cuyos accionistas estén ligados al Presidente de la República, Ministros o directivos del ente concedente, hayan sido condenados, de manera firme, en juicio de resolución o cumplimiento de contratos, o bien sean directivos de partidos políticos. Pero no se establece un porcentaje de acciones que cause la incapacidad. Si la empresa cotiza en Bolsa, caso hipotético en Venezuela, son centenares los accionistas. Y, por otra parte, el alguna vez haber sido condenado un accionista por incumplir un contrato no puede inhabilitar a perpetuidad a una persona jurídica. Ser directivo de un partido político sin representación en cargos públicos o en la oposición no es una causa lógica para descalificar una empresa. Por demás tales inhabilidades perpetuas violan el artículo 47 numeral 3 C.N. y tampoco responden a la lógica del capitalismo moderno, algunas empresas que cotizan en Wall Street en especial en el NASDAQ estuvieron alguna vez en quiebra.¹² Distinto es el caso de los administradores que tienen verdadero poder de decisión en cuyo caso inhabilitan a la persona jurídica cuando hubiesen sido condenados por delitos contra la propiedad (hurto, robo, extorsión, apropiación indebida), fe pública (quiebra culpable o fraudulenta, falsificación) el fisco (defraudación tributaria) o de salvaguarda (corrupción, peculado), artículo 17 literal e L.C. Pero de nuevo, no se justifica la perpetuidad.

La persona jurídica es inhábil si ella misma ha incumplido un contrato de concesión o bien ha sido declarada en quiebra.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, opus cit, p. 611.

¹² FRIEDMAN, Thomas. *The Lexus And The Olive Tree*. New York Anchor Books, 2000, pp. 379 y ss.

En todos los casos se debería plantear, si trata de una persona jurídica extranjera, si hay un equivalente al delito, o la definición de quiebra en el país de origen, por ejemplo en Estados Unidos, el atraso venezolano es llamado quiebra, se corresponde con la venezolana. ¿Bastará una copia legalizada de la sentencia? o ¿se requerirá el exequátur previo a la impugnación?

Es posible realizar una precalificación para determinar la capacidad técnica, económica y profesional de los posibles licitantes, lo que exige «un examen individualizado... de cada contratista o empresa...»¹³ esta norma se inspira en la LCAP española, artículo 20.

La convocatoria se hará de conocimiento público, no sólo local, sino nacional e internacionalmente y deberá publicarse al menos en dos diarios de circulación nacional. Será el reglamento el que determine el lapso entre una y otra publicación. Por supuesto, hoy en día una forma indispensable de difusión es la página web del respectivo organismo o bien el website especial para concesiones que se cree, con versiones al menos en español e inglés. El artículo 14 Ley de Licitaciones, permite que las ofertas se hagan en otro idioma. El uso de español es obligatorio pero no excluyente.

2.2. El pliego de condiciones

Este no es sino el proyecto del contrato de concesión en el cual se recogen «los derechos y obligaciones de las partes» (Artículo 24 L.C.) y deberá incluir cláusulas que abarcan los aspectos jurídicos como derechos de los usuarios, plazos para consultas, formalidades de las ofertas, plazos para la firma y causales de extinción y suspensión. Aspectos económicos como garantías y aportes estatales y todo lo relativo al régimen tarifario. Y técnicos: condiciones y estándares de construcción y criterios para la evaluación técnica de las ofertas. Una vez publicada la convocatoria el pliego de condiciones no podrá ser modificado, salvo que se revoque la convocatoria. Podría preguntarse si tal como sucede en la oferta pública del Código Civil (C.C.), en caso de revocatoria deben reembolsarse los gastos hechos previamente (C.C. artículos 1.137 a 1.139). La L.C. excluye expresamente la exención de responsabilidad si se descartan todas las propuestas, pero no si se revoca a los solos efectos de modificar el pliego de condiciones. No se olvide que si bien la Administración tiene el poder de modificar unilateralmente el contrato, de hacerlo debe indemnizar si causa gastos o aumentan los costos.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Opus cit*, p. 682.

Una vez que se otorga el contrato el pliego de condiciones forma parte de él. Se trata de cláusulas que dicta una sola de las partes por lo cual se trata de un contrato de adhesión.¹⁴ La doctrina extranjera está conteste en que el pliego tiene naturaleza contractual y es ley entre las partes por su inclusión en el contrato.¹⁵

2.3. Selección del contratista

A diferencia de la Ley de Licitaciones que utiliza el sistema del concurso (artículo 110), la concesión se otorga por el método de subasta. En el sistema de concurso no se adjudica al mejor precio sino a la mejor oferta. En la subasta se adjudica al mayor o menor precio.¹⁶ En el artículo 27 L.C. se establece como criterio el valor económico de la oferta. Si bien es un precio único, o en alza, si se trata de elementos valorables económicamente y que pueden considerarse todos, incluyendo la duración, un precio. El mecanismo de subasta tiene un problema: la facilidad para la colusión definida en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, como el acuerdo para «1º Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio».

En definitiva es el medio ideal para que las empresas acuerden precios máximos a pagar por obtener la concesión, dado que, la sanción, informal obviamente, es fácil pues la vigilancia del acuerdo tiene un costo cero, dado que la oferta ganadora será publicada como contrato final en la Gaceta Oficial, así será posible saber si alguien violó el acuerdo previo.¹⁷

Una opción mejor es la subasta de segundo mejor precio, en la cual cada ofertante presenta un precio. Se adjudica al mayor o mejor precio, según corresponda pero no se paga ese precio sino el segundo precio. Así desaparece todo el incentivo para mantener los precios bajos, pues si se ofrece un precio muy alto, se obtiene la buena pro, pero se paga un precio menor. Este precio menor es el socialmente óptimo ya que corresponde a la verdadera valoración.¹⁸ VICKREY, creador de este método obtuvo el premio Nobel.

La licitación puede ser declarada desierta sin derecho a indemnización. Ese acto administrativo deberá ser motivado y siendo un acto discrecio-

¹⁴ SOSA, Francisco. *Opus cit*, p. 121.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Opus cit*, p. 680.

¹⁶ *Ibidem*, p. 685.

¹⁷ BECKER, Gary. *Teoría económica*. México. FCE, 1987, p. 133.

¹⁸ BINMORE, Ken. *Teoría de juegos*. Madrid. McGraw Hill, 1993, p. 506.

nal está sujeto a los requisitos de racionalidad y fin del artículo 12 L.O.P.A. y está sujeto a revisión judicial de conformidad con el artículo 259 C.N.

Posterior a la adjudicación se perfecciona el contrato con la firma. Después deberá publicarse en la Gaceta Oficial (artículo 28 L.C.).

2.4. Garantías

El proceso de convocatoria y licitación exige que la Administración realice gastos: de personal dedicado a la labor. De publicaciones nacionales e internacionales. Más los costos de oportunidad que derive de la afectación de los recursos a una obra. Por otra parte, hay posibilidad de daños derivados de un hipotético incumplimiento. Para responder por esos gastos todos los participantes en la oferta deben constituir una garantía que asegure que la oferta es «seria», es decir, que será mantenida en caso de adjudicarse un contrato. De no formalizarse, la garantía es inmediatamente ejecutable. De acuerdo con sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en un caso afín, no sería necesario ningún procedimiento.¹⁹

Deberán obligatoriamente constituirse fianzas «de fiel cumplimiento», para garantizar la ejecución y para garantizar la explotación de la obra o servicio (artículo 30 L.C.).

Otro tipo de garantías deberá ser contemplado en el pliego de condiciones. Entre ese tipo de garantía debería preverse las fianzas de obligaciones laborales. Según el artículo 94 C.N. el Estado respondería en caso de incumplimiento del concesionario como contratista que es. Las fianzas a prestar por entidades bancarias o aseguradoras se rigen por el derecho mercantil por lo tanto son solidarias y sin beneficio de excusión.

3. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

La primera obligación después de formar el contrato es de constituir una sociedad anónima de nacionalidad venezolana. Esto último podría convertir en inútil una adjudicación a un oferente extranjero. La decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones, define como empresa a aquella con más del 80% del capital nacional y que se refleje en la dirección técnica financiera de la empresa.²⁰ Entonces, ¿para qué se realizó una licitación internacional en la cual se precalificó a los ofertantes por su capacidad

¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia. PIERRE TAPIA, Cit., Vol. 12, Año 2000, p. 173.

²⁰ Comunidad Andina de Naciones. Decisión 291 en <http://www.comunidadandina.org/english/Dec/d291e.htm> febrero 2001.

técnica, si esta no se podía reflejar en la nueva empresa? Debería decir: domiciliada en Venezuela.

El hecho mismo de crear una nueva sociedad haría ocioso exigir capacidad técnica que posee la empresa matriz, la ganadora, no la filial creada *ad hoc*; sin embargo, es una práctica empresarial común que permite disminuir el riesgo para la matriz, al limitar su responsabilidad al capital aportado a la sociedad que desarrolla la construcción o la gestión. El capital de la nueva sociedad aportado por la matriz, o bien por el Estado (artículo 27 L.C.) está destinada exclusivamente a la concesión y protegido de cualquier vicisitud que afecte la matriz, sin olvidar que en definitiva revertirá al Estado.²¹

Ese capital debe ser preservado en buen estado para el momento de la reversión, por lo cual no deberían ser gravados sin autorización de la Administración.²² Pero la L.C. deja la materia al pliego de condiciones. Previendo expresamente sólo la posibilidad de que la concesión, no los bienes, sea pignorada (artículos 34 y 35). Sin embargo, dado que se requieren las mismas condiciones que para ser acreedor pignoraticio que para ser ofertante es poco probable que se obtenga financiamiento ajustado a la ley. En cuanto a los bienes de la concesión no podrían ser pignorados o hipotecados aquellos que estén sujetos a reversión dado que forman parte del dominio público y, por lo tanto, serían inejecutables (artículo 48 L.C.). Aquellos sujetos a reversión sólo podrían ser ejecutados previa autorización de la Procuraduría General de la República o pasados 60 días de la solicitud a falta de la respuesta (artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, LOPGR).

Una segunda obligación del concesionario es la prestación del servicio de manera continua, la convenida, en palabras de la ley. De forma normal, es decir, sin molestias, incomodidades o peligros para los usuarios, salvo razones de seguridad o de urgente reparación. De manera interrumpida salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre la fuerza mayor el caso polémico es el de la huelga: si ésta no fue causada por el patrono, y el Ministerio del Trabajo la hubiese declarado ilegal no podrá el concedente considerarla imputable al concesionario y no daría lugar a la intervención (artículo 52 L.C.).²³

Tercero, la responsabilidad por los daños causados por el concesionario deben ser indemnizados por éste, salvo que su origen este en una orden

²¹ MORELL, Luis. Opus cit, pp. 398 y 399.

²² SOSA, Francisco. Opus cit, p. 131.

²³ Ídem.

de la Administración. El régimen de la responsabilidad será entonces el del Código Civil respecto del hecho ilícito propio (artículo 1.185), del guardián de la cosa (artículo 1.193), el principal (artículo 1.190) o bien el propietario del edificio (artículo 1.194). Con sus correspondientes causales de exoneración. Problema a resolver es el de los tribunales competentes pues la referencia del artículo 259 C.N. a los servicios públicos podría llevar el caso al contencioso administrativo. En principio debería estar sujeto a la competencia de los Tribunales civiles salvo que la empresa que realiza la prestación tenga participación decisiva del Estado, hipótesis posibilitada por el artículo 3 L.C. en cuyo caso sería competencia de los tribunales contencioso administrativos (artículos 42, 182 y 185 LOCSJ).

Finalmente deberá prestar el servicio acatando las directrices de la administración.

4. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE

El concesionario si bien entra en una relación contractual con la Administración, en razón del contrato queda en situación de sujeción especial, y la administración goza en la relación de prerrogativas, las cláusulas exorbitantes. Estas tienen por finalidad hacer prevalecer el interés público, permitiendo el ajuste del contrato a la variante realidad, o a la discrecionalidad del funcionario de turno que puede determinar condiciones desiguales o discriminaciones abusivas.²⁴

Estos poderes son:

- a. El poder de dirección y control. El contrato queda sujeto a lo establecido en la L.C., su reglamento, el pliego de condiciones, las leyes que regulan los servicios públicos y las órdenes del concedente. Asimismo, lo obligan a permitir inspecciones y auditorías en un intento inútil por tratar de controlar el desempeño y eficiencia del concesionario. La asimetría de información entre concedente y concesionario no puede ser modificada por auditores e inspectores, sean públicos o contratados en el sector privado, dado que el interés y la ganancia del «agente», el concesionario, es grande en conservar secreta la información sobre sus costos y su cumplimiento. El funcionario público o la empresa contratada para auditar no tiene incentivos para obtener la información adecuada y se conformará con y aceptará la información que el concesionario le permita conocer.²⁵

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, Cit., Vol. 12, Año 2000, p. 164.

²⁵ LAFFONT y TIROLE, *Competition in telecommunications*. Massachusetts, MIT, 2000, pp 93 y 94.

- b. La Administración tiene la potestad de interpretar unilateralmente el contrato en caso de discrepancia entre las partes, mediante acto administrativo que deberá producirse oyendo a la contraparte, decisión provisional que permite la continuidad de la obra o servicio.²⁶ Siendo posible el recurso al contencioso administrativo sin efectos suspensivos o bien recurrir al arbitraje si el contrato lo estipuló. (artículos 38 y 61 L.C)
- c. El poder de modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público compensando al concesionario si las variaciones causan daños. Poder éste que se considera ilimitado en extensión e intensidad.²⁷ Si bien el contratista podrá pedir la rescisión si las modificaciones excediesen del 20% del valor del contrato. ¿Puede la Administración imponer la continuación de la obra? En España —de donde se copia la disposición— la norma es forzosa para la administración, pero la L.C. omitió esa parte.
- d. El poder de rescisión unilateral. «Ya para 1944 la Corte Federal y de Casación había reconocido el derecho que tiene toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública destinada a un servicio público, puede desistir de ella, en cualquier tiempo en que haya sido empezada...».²⁸ La rescisión puede ser una sanción del incumplimiento o puede deberse sólo a la insubsistencia del interés público en la continuación de la obra, sea que no sea necesaria, bien que no haya recursos disponibles.

En este último caso, el de la falta de necesidad, la rescisión es la solución óptima desde el punto de vista económico, pues su continuación significaría un desperdicio de recursos.²⁹ El concesionario tendrá derecho al reembolso de los gastos efectuados, a la ganancia dejada de obtener tomando en cuenta el tiempo restante y las posibilidades de obtener un nuevo contrato.

Como ya se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia obviando el artículo 49 C.N. considera innecesario un procedimiento previo a la rescisión.³⁰

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Opus cit*, p. 704.

²⁷ *Ibidem*, p. 704.

²⁸ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 170.

²⁹ POSNER, Richard. *Economics Analysis of the Law*. Boston, Little Brown, 1992, p. 250.

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 173.

5. DERECHOS DEL CONCESIONARIO

El derecho básico del concesionario es el derecho a ejecutar el contrato de acuerdo con lo estipulado sujeto a las modificaciones que el concedente le imponga en ejercicio de sus prerrogativas, so pena de que la Administración deba indemnizar en ausencia de falta del concesionario. El concedente deberá permitir y proveer lo necesario para el ejercicio de este derecho.³¹

En segundo lugar, dado que la concesión se asume por el particular con evidente ánimo de lucro, a éste se le otorga el derecho de recuperar los costos y gastos y obtener una tasa de retorno razonable, a través de tarifas, precios, peaje, alquileres, etc. El concesionario, eso sí, lo hace «a su riesgo y ventura» en ningún caso se le garantiza una ganancia. Sólo el equilibrio financiero, que no habrá cargas impuestas por la Administración que no sean compensadas, sean éstas modificaciones de la obra, sean controles de precios.³² Si por decreto se aumentan los salarios o por ley los impuestos, debe seguir un aumento de tarifas. Si por su mala gerencia aumentan los costos e incurre en pérdidas no las debería enjugar el Estado.

La fijación de las tarifas, peajes, etc, es el punto álgido de los contratos de concesión. Para los usuarios siempre son muy altas, para el concesionario siempre muy bajas, y la Administración siempre retrasa la revisión a la que tiene derecho el concesionario (artículo 33 L.C.).

La L.C. permite que en el pliego de condiciones se establezca el método de fijación de las tarifas. El favorito de la opinión pública venezolana, es el peor método de todos: costos más una tasa razonable de beneficios. Nunca dos empresas utilizarían este sistema entre ellas en un contrato privado. Ilustremos el punto: si de acuerdo con la estructura de costos estos son iguales a bolívares 100 y la tarifa es igual a costos más 10%, aquella será igual a bolívares 110. Si la estructura de costos es igual a bolívares 1.000, la tarifa será igual a 1.100. En definitiva, mientras más dilapide recursos, mientras más ineficiente sea la empresa mayores serán sus ingresos.³³ Se contestará que las auditorías permitirían saber sobre los verdaderos costos. Ya se dijo lo que es la asimetría de la información. Así podemos ver en los medios de comunicación costosas campañas de publicidad de empresas de servicios públicos que son monopolios y no necesitan publicidad, pero la Administración lo considera un costo razonable. Los altos sueldos, el no cobro de los servicios de los trabajadores, el

³¹ SOSA, Francisco. *Opus cit*, p. 140.

³² MORELL, Luis. *Opus cit*, p. 400.

³³ LAFFONT y TIROLE. *Opus cit*, pp. 60 y ss.

no cobro de los servicios hurtados, son costos que aumentan la base de cálculo de los servicios. Eso justifica el «retraso regulatorio», al no realizar de inmediato los ajustes de tarifas éstas se acercan de nuevo a lo razonable e incentivan la reducción de los costos.³⁴ Claro en Venezuela la respuesta suele ser la amenaza de «pérdida de calidad del servicio», y nuevas campañas de publicidad.

Entre las alternativas está una especie de *benchmarking*, si hay varios concesionarios se puede establecer una tasa de retorno real, después de inflación, sobre el promedio de los costos, aquellos que más reduzcan sus costos obtendrán mayores ganancias, los que estén por debajo incurrirán en pérdidas.³⁵

Otro problema con la estructura tarifaria es su carácter regresivo. En los peajes, los pagos hechos por conductores particulares, personas de clase media, son irrisorios. Y muchas veces son personas que conducen en solitario. Esos bajos costos de peaje estimulan el sobreuso de las vías y de los vehículos. En cambio los camiones que transportan mercancías, entre aquéllas alimentos, pagan altísimos peajes. Esto aumenta los precios de los alimentos. El porcentaje del ingreso de una persona pobre que se consume en alimentos es mayor que el de una persona de clase media o alta. En definitiva son los pobres los que pagan los altos peajes en beneficio de la clase media que conduce automóviles. El mismo razonamiento es válido con respecto a los servicios públicos industriales y comerciales, y las estructuras tarifarias que penalizan al comercio e industrias. Producir para estos últimos tiene un menor costo, por economía de escala, pero las tarifas son mayores. Esto se refleja en los costos de los productos y en definitiva los clientes residenciales pagan una tarifa menor directamente, pero también pagan la mayor que es trasladada por los industriales y comerciantes a los precios de las mercancías. Siendo mayor el pago no para quien más consume el servicio sino para quien más consume mercancías.

En caso de no pago de las tarifas correspondientes, el concesionario puede suspender el servicio a los usuarios en aplicación de la *exceptio non adimpletis contractus*. El T.S.J. ha considerado que esto sólo es posible si las tarifas son razonables y no arbitrarias, aprobadas por la Administración.³⁶

³⁴ *Ibidem*, p. 85.

³⁵ POSNER, Richard. *Opus cit*, p. 344.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA, *Cit.*, Vol. 12, Año 2000, p. 159.

También podrá ser beneficiario de las expropiaciones, no expropiar por sí mismo. La potestad de expropiar es exclusiva del Estado.³⁷ Pudiendo en todo caso el concesionario negociar libremente la adquisición de los bienes.

6. DERECHOS DE USUARIOS Y TERCEROS

La L.C. considera obligación del concesionario y derechos de terceros, el de permitir la utilización del servicio en las condiciones del «reglamento del servicio» que forma parte del pliego de condiciones (artículo 24, literal l) o de las leyes reguladoras del servicio, obviamente en orden inverso. Aquellos que utilizan el servicio son los usuarios. Los afectados por el servicio sin utilizarlos son los terceros y tienen derecho a ser indemnizados por los daños sufridos (artículo 36).

Una vez establecido un servicio el usuario se convierte en un titular de derecho subjetivo, ya que «la situación jurídica del eventual usuario se consolida adquiriendo el derecho a la prestación de acuerdo con las normas propias de prestación del mismo y siempre respetando la igualdad en el tratamiento».³⁸

En cambio frente al régimen de las tarifas y de la calidad del servicio se encuentra como titular de un interés difuso que se caracteriza por «el hecho de ser común a una pluralidad a menudo del todo diferenciada de individuos».³⁹ [Traducción del autor] O en palabras del T.S.J. surgen:

Cuando los derechos y garantía constitucionales, que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de vida, condiciones básicas de existencia, se ven afectadas, la calidad de vida en toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad, y que tal desmejora no suceda y si ya sucedió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos) ...».⁴⁰ (39)

Y a diferencia de los intereses colectivos no pertenece a un grupo definido de individuos.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA; Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid, Civitas, 1989, p. 46.

³⁸ SOSA, Francisco. *Opus cit*, p. 155.

³⁹ CRESTI, Marco. *Contributo allo Studio della Tutela Degli Interessi Diffusi*. Milano, Giuffrè, 1992, p. 5.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scom/Junio/656-3000600-001728%20.htm> Julio 2000

En la Constitución Bolivariana se crea la Defensoría del Pueblo y se le faculta para la defensa y promoción de los intereses colectivos y difusos (artículo 280 C.N.) y se le da competencia para:

2° Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos de intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, y desviaciones de poder y errores cometidos en aplicación de los mismos (...).

6° Solicitar ante la autoridad competente la aplicación de los correctivos a la que haya lugar por la violación de los derechos del público consumidor y del usuario de conformidad con la ley...

Una segunda vía es la legitimación de grupos que representan los intereses difusos. No se trata de intereses colectivos pues trascienden al grupo. Así cuando se construye una carretera los vecinos son afectados pero también los que transitan tienen interés. Pero no es el interés general, pues los transportistas que transitan se benefician con su apertura, pero los vecinos en las adyacencias pueden ser perjudicados o beneficiados

Y el T.S.J. ha dicho que

...quien demanda por derechos e intereses difusos lo debe hacer a nombre de la sociedad... ¿Quién es el legitimado para actuar?

...deberían ser las organizaciones sociales cuyo objeto por mandato legal sea el ejercicio de estas acciones, ya que se han creados a esos fines (unas podrían ser las Asociaciones de Vecinos, previstas para ello, por ejemplo, en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o en el artículo 170 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, prevenidas en el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.⁴¹

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, legitima expresamente a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas (artículos 9, 10 y 11) para actuar cuando se trata de intereses difusos y colectivos (artículo 151), legitimación que puede originar conflictos entre Asociaciones que compitan por defender los intereses difusos incluso por motivos contrarios a los intereses públicos o convertirse en acción popular.

Todos éstos podrán utilizar los recursos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o bien dirigirse al ente concedente para que tome las medidas necesarias (artículo 7, literal n L.C.).

Igualmente los usuarios afectados individualmente por el concesionario podrán recurrir ante el ente concedente. Contra esa decisión se recurrirá

⁴¹ Ídem.

en Recurso de Reconsideración o en Contencioso Administrativo, optativamente. ALBI, comentando la norma idéntica del Reglamento de Servicios Locales Español, ha dicho que convierte la concesión en una forma de gestión directa.⁴²

7. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN EN LA CONCESIÓN

7.1. En caso de guerra, conmoción interna, casos como terremotos, huracanes, etc. O bien por destrucción parcial de la obra, la concesión se suspenderá temporalmente, previa constatación que siempre será posible, de no serlo la Administración estaría actuando sobre intuiciones o caprichos (artículo 45 L.C.). En tal caso no procede la indemnización por parte de la Administración, pues la fuerza mayor excluye la indemnización (artículo 1.272 C.C.). La guerra o conmoción interna si bien podrían considerarse indirectamente imputables a la Administración, por su carácter catastrófico deben asimilarse a la fuerza mayor. Si la destrucción de las obras fuese imputable a la Administración, ésta debería indemnizar.

El pliego de condiciones podrá establecer otras causas, que si se quiere incentivar las inversiones deberán ser graves y previo procedimiento. En tales casos habrá o no indemnización según sea o no imputable a la Administración.⁴³

7.2. Extinción de la concesión

La causal lógica de extinción, dada su temporalidad de rango constitucional (artículo 114 C.N.), es el cumplimiento del plazo. El plazo legal es de 50 años (artículo 16 L.C.), renovable por igual lapso. La L.C. permite, no obliga, a una consulta a los usuarios, obviamente, a través de las Asociaciones de Consumidores o de las comunidades organizadas, léase Asociaciones de Vecinos. La temporalidad busca resolver el mayor defecto de la concesión, se crea un monopolio privado, que por supuesto dado que la competencia en principio es legalmente imposible, buscará maximizar su ganancia y descuidará la calidad.⁴⁴ Pero la certeza del fin del contrato desestimula la inversión en la concesión. Especialmente en los últimos años en los cuales el poco tiempo y los controles de tarifas

⁴² En SOSA, Francisco. Opus cit, p. 155.

⁴³ BARRERO, María. «La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública». En *Revista de Administración Pública*. N° 142, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril 1997, pp. 114 y ss.

⁴⁴ BON, Pierre. Opus cit, p. 257.

impiden la amortización plena de la inversión salvo que se obtenga plena indemnización de la fracción no amortizada (artículo 48 L.C.).

Por mutuo acuerdo de las partes, también concluye la concesión, de aquél se ha dicho en el derecho comparado que «sólo puede utilizarse cuando razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesarias o inconvenientes la permanencia del contrato».⁴⁵

Y así lo repite la L.C. (artículo 49) la razón es evitar posibilidad de fraudes por concierto entre Administración y concesionarios.

La rescisión del contrato por incumplimiento grave del contrato

A pesar de lo dicho por el T.S.J. en la sentencia y varias veces citada⁴⁶ debería declararse sólo después de un procedimiento con audiencia del particular que asegure el derecho a la defensa.

Las causales de suspensión son sólo las establecidas en el artículo 51 de la L.C. o bien en el pliego de condiciones. Salvo en la causal e del artículo 51 la caducidad, la declaratoria de extinción, conllevará a la ejecución de las correspondientes garantías.

Para resguardar el interés público el cumplimiento de quien ha demostrado ser incapaz de hacerlo se procedería a designar un interventor (artículo 52 L.C.).

La ley dice «podrá», pero ¿puede considerarse discrecional la decisión ante las causales de los literales *a*, *b* o *e* y que afectan directamente la prestación del servicio? La respuesta debe ser negativa.

Rescate anticipado, si razones de interés público lo justifican y con pago de daños y perjuicios y de la reposición de lo invertido en la obra (artículo 53 L.C.). Mientras en caso de incumplimiento la ley obliga a licitar de nuevo, en caso de rescate anticipado, deja abierta las opciones de la gestión subsiguiente.

La quiebra de la sociedad concesionaria también extingue la concesión (artículo 54 L.C.) pero se obvian la declaratoria de atraso y la referencia a cuál sociedad, ¿la creada para gestionar la concesión o la que obtuvo el contrato? Las garantías no entran en la masa del deudor por ser créditos privilegiados (artículo 54 L.C.)

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Opus cit, p. 736.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia en PIERRE TAPIA. Opus cit, Vol. 12, año 2000, p. 173.

7.3. La reversión

Esta no es sino el cese del derecho del uso y goce de los bienes del dominio público y privado que estaban destinados a la ejecución de la concesión. Desde el mismo momento que se adquiere el bien para la concesión queda afectado el dominio público (artículo 60 L.C.). Una vez extinguida la concesión, revertirán al concedente sin indemnización excepto que no hayan sido amortizados.

También en el contrato podrá establecerse que otros bienes no afectos a reversión «revertirán» previo pago, debería decirse serán expropiados. Ya se ha dicho que el concesionario no tendrá interés alguno en conservar las instalaciones si no considera probable o no es posible la renovación. Por eso la ley deja al concedente la libertad para adoptar las medidas necesarias para asegurar que no se revierta chatarra en lugar de una concesión en plena operación.

CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años se ha tratado de rescatar la figura de la concesión para evitar una abierta privatización. La concesión no es otra cosa que un monopolio y, por tanto, el gestor no tiene ningún incentivo para prestar un servicio adecuado. La asimetría de información, el interés que tiene el concesionario en aprovechar su situación y la falta de interés, pues no cambiaría en nada su situación, del burócrata que habría de vigilar hacen que la figura no cumpla jamás con las expectativas.

En muchos casos la norma se ha hecho inaplicable por una supuesta desregulación y se ve reducida al sector de las obras públicas en las cuales es especialmente difícil arbitrar fórmulas de autofinanciamiento.

Así se suma una más de las leyes copiadas de otros países, sólo que esta vez es una fórmula fallida en su lugar de origen y en el receptor.

La educación en el Texto Constitucional

GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO*

LA CONSTITUCIÓN DE 1999 y las normas dictadas por la actual Administración significan aparentemente cambios de bulto en el régimen de la educación básica y diversificada en Venezuela. Sin embargo, como se verá en estos lineamientos esenciales de este régimen, éste se mantiene prácticamente igual al anterior a aquellos cambios normativos. La Constitución de 1999 mantiene la educación como un derecho doble: a recibirla y a impartirla, mientras que la reglamentación de la Ley Orgánica de Educación (LOE), para ser compatible con la regulación constitucional, tampoco se aparta de la disciplina anterior.

Así, los grandes desórdenes de la legislación educativa han permanecido a pesar del cambio constitucional. Se trata de un régimen cuasi totalitario, que hace depender todo acto educativo de los funcionarios del Ministerio de Educación, asfixiando las potestades estatales y municipales y cancelando los derechos a educarse y a educar garantizados en la Constitución de 1999.

De nuevo, la esperanza está en las regiones. Sólo un proceso audaz de legislación estatal en materia educativa, que ignore las estrechísimas e inconstitucionales medidas de LOE y sus disposiciones complementarias, puede dar a la educación, pública y privada, la libertad que es su humus. A ello espera contribuir este trabajo.

I. LA EDUCACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

I. Bases constitucionales de la educación

La Constitución de 1999 (C) regula la educación de manera semejante a la anterior de 1961, inspirada ésta a su vez en principios de concurrencia

* Universidad Central de Venezuela, Doctor en Derecho, Profesor. Universidad Monteávila, Profesor.

entre el sector público y privado. Sin embargo, la nueva disposición que otorga rango constitucional y prevalente a los pactos internacionales de derechos humanos (art. 23), hace que todo el sistema educativo deba interpretarse bajo una nueva luz: *la posición preferente de los padres y madres en la escogencia de la educación de sus hijos*.

En efecto, «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos». (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26,3)

Estas disposiciones internacionales son las de mayor rango y alcance normativo dentro del sistema de educación venezolano.

De esta manera, la Constitución de 1999 es la que más libertad otorga a las familias en la escogencia y participación en la formación de los menores, lo que se ve a su vez reforzado por la redacción del artículo 102 de la Constitución, que expresamente consagra la participación familiar en el proceso educativo.

Así, la eliminación del fomento a la iniciativa privada en la educación (art. 79, C 1961) se compensa con la declaración del derecho prevalente de los padres a escoger la educación de sus hijos, cosa que *sólo es posible si se permite la convivencia de varios modelos educativos*, como sólo puede ocurrir con la participación privada en la educación, garantizada también por la propia Constitución de 1999 (art. 106) pero que el Estado debe seguir fomentando para cumplir con el derecho humano preferido de los padres a escoger esa educación. Si el modelo educativo público es el único existente y además es uniforme, es imposible «escoger», seleccionar entre varias posibilidades. De allí la garantía plena de la libertad educativa tanto en el sector público como en el sector privado.

Cuatro artículos dedica la Constitución a disciplinar la materia educativa:

Artículo 102. La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, circunstanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana, de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en la ley.

Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentran privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.

Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva.

Artículo 104. La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación de méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica.

Artículo 106. Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste.

La normativa constitucional construye así tres principios sobre los cuales se estructura el sistema educativo venezolano:

1. Todos tienen derecho a acceder a la educación y a la cultura.
2. Todos tienen derecho a impartir educación, previa demostración de su capacidad y bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado (art. 106).
3. El Estado establecerá un sistema educativo público que asegure a todos el acceso a la educación (art. 103) y orientará y organizará el sistema educativo global para lograr el cumplimiento de los fines le asigne la Constitución (art. 102).

La disciplina educativa constitucional se articula entonces sobre el equilibrio entre los derechos fundamentales educativos —a ser educado y a

educar, pasivo y activo— y la posición del Estado que implica la obligación de respetar esos derechos, el cometido de establecer el sistema educativo público y orientar y organizar todo el sistema educativo global (público y privado).

De acuerdo con los fines de este trabajo, se analizarán cada uno de estos puntos teniendo como interés fundamental delimitar el contenido de los derechos educativos constitucionales y su incidencia en la actuación pública.

A. El derecho a acceder a la educación

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, «toda persona tiene derecho a una educación integral». Indagar sobre el contenido de esa facultad es fundamental para determinar la conformidad a la Constitución de las normas dictadas en materia educativa.

Tal indagación debe partir del análisis de la naturaleza del derecho contenido en los artículos 102 y 103. En otras palabras, debe determinarse si el derecho a la educación tiene como núcleo la facultad de exigir una prestación positiva de servicios educativos o, únicamente, se trata de un derecho que tiene como contenido la prohibición a terceros de que impidan el acceso a la educación.

Nos inclinamos por la segunda posibilidad. En efecto, entender que sólo el texto constitucional establece una obligación diferenciada y específica en cabeza de sujetos determinados a brindar educación resulta a todas luces impracticable, conforme a los análisis que sobre el carácter prevalentemente negativo de los derechos constitucionales viene adelantado la doctrina extranjera. En otras palabras, considerar que el artículo 103 otorga a cada habitante del país título suficiente para exigir de otro sujeto servicios educativos, sin que medie acto ulterior alguno, haría imposible distribuir adecuadamente las cargas educativas y, en la práctica, se resolvería en que el derecho a la educación sólo correspondería a los que efectivamente puedan atenderse, lo que vaciaría el contenido al derecho fundamental a la educación.

Por ello, consideramos que la expresión «toda persona tiene derecho a una educación integral» ha de entenderse como que todo habitante de Venezuela tiene la libertad originaria de acceder a la educación, libertad que no puede ser positivamente restringida por otros sujetos. Es decir, el derecho a la educación tiene como esencia la prohibición a terceros de que se impida el ejercicio de las distintas opciones educativas que una persona haya escogido sin que ese derecho pueda representar un título suficiente para exigir a otros una positiva prestación educativa.

Los razonamientos anteriores dejan a salvo el análisis que sobre el cometido estatal de establecer un sistema educativo público se hará en su momento. En todo caso, desde ya debe anotarse que ese cometido no funda en cabeza de los particulares un título suficiente para acceder a ese sistema educativo, al menos en su exclusiva y sobria estructura constitucional.

Es necesario, para completar esta tesis del carácter esencialmente negativo del derecho a la educación, referirse al juego propio de esta garantía frente a conductas de terceros, básicamente frente al Estado. En ese sentido, el derecho a acceder a la educación prohíbe al Estado restringir las opciones educativas que los particulares adopten. Si bien corresponde a éste orientar y organizar el sistema educativo global, esa orientación y esa organización, como se verá, en modo alguno significan una disciplina plena y omniabarcante del proceso educativo, que no deje nada al libre juego de la iniciativa particular y que, en definitiva, elimine o restrinja la libertad educativa prevista en el artículo 106.

Podría decirse, abonando esta tesis, que el acceso a la educación garantizado por el artículo 103 no significa el acceso a un tipo de educación predeterminado y uniforme, sino que precisamente funda la posibilidad de un sistema plural de educación, donde los particulares tienen derecho a no ver restringido su acceso a la educación que estiman más conveniente, dentro de los principios que establece la Constitución. Tal libertad de escoger el propio modelo educativo es esencial a la Ley Fundamental, y encuentra su natural complemento en el derecho a impartir educación, que se estudiará más adelante y que posibilita precisamente que frente a la pluralidad de opciones abiertas a los educandos, habrá una pluralidad de modelos educativos dentro de la Constitución que permiten satisfacer las distintas pretensiones de los particulares.

En definitiva, el artículo 103 de la Constitución cancela el modelo educativo único como posibilidad constitucional, dejando abiertas a la decisión de los particulares el tipo de educación que desean, tanto para sí como para sus hijos, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, y dentro de los principios básicos que también establece la Ley Fundamental.

B. El derecho a impartir educación

Este segundo aspecto es verdaderamente esencial para el presente estudio. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución: «Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta ins-

pección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste». Existe, pues, un derecho constitucional a educar, tan amplio como el derecho a acceder a esa educación sin limitaciones indebidas, ya que corresponde a «toda persona natural o jurídica».

El contenido de ese derecho —«fundar y mantener instituciones educativas»— puede estudiarse desde un doble punto de vista. Por un lado, el derecho a educar garantiza un mínimo de libertad en el ejercicio de la función docente, con independencia de si esa función se ejerce en establecimientos oficiales o privados, al punto de establecerse una carrera docente en la propia Constitución (art. 104). Y, en segundo lugar, otorga una libertad aun mayor para establecer servicios educativos privados, cuyo modelo educativo no tiene mayores límites en su formulación que los establecidos por la Constitución.

En efecto, la libertad de educar no significa únicamente la posibilidad de la iniciativa privada en materia educativa. Representa también la garantía de que la función docente —que es la misma con independencia del establecimiento donde se ejerza— tendrá la libertad suficiente como para ejercerse con la amplitud necesaria para lograr las metas educativas que el maestro o profesor considere más convenientes para sus alumnos y para lograr los fines a que se contrae el artículo 102 de la Constitución. La libertad de cátedra —sea pública o privada— tiene su raíz entonces en los artículos 102 y 104 de la Constitución.

Por otra parte, el derecho a educar abre las puertas a la iniciativa privada en la educación. Esta libertad educativa es necesaria para que puedan coexistir varios modelos educativos dentro del marco constitucional, tal como exige el derecho a acceder a la educación, como se vio. Y esa posibilidad, permítasenos insistir, es el núcleo del derecho a la educación en la Constitución.

En efecto, la libertad educativa —tanto el derecho a la educación como el derecho a educar— es esencialmente la posibilidad de escoger y ofrecer, en cada caso, el modelo educativo que se considere más adecuado para el desarrollo de la personalidad humana, dentro del marco de la Constitución. La Ley Fundamental construye así un verdadero *pluralismo educativo*, que tiene sus principales manifestaciones en la libertad esencial de la función docente y el juego de la iniciativa privada en materia educativa.

Esa posibilidad de escoger y de ofrecer distintos modelos educativos significa, y ello es capital, la inconstitucionalidad de un modelo educativo único, aunque se trate del modelo que se haya diseñado para el sistema educativo público.

En efecto —y volviendo así al segundo aspecto de la libertad de educar, la iniciativa privada en educación— que la Constitución garantice la educación privada (art. 106) significa mucho más que autorizar al sector privado a educar «como si fuera el sector público», pretendiendo imponerle el mismo modelo, agotadoramente, que sigue la educación oficial en ese determinado momento. Implica, muy por el contrario, la apertura del sistema educativo a múltiples idearios y modelos, tanto en el sector público como en el privado, modelos que podrán ser tan diferentes como permitan el marco general de valores que establece la Constitución. Así, el artículo 106 es contrariado cuando se entiende que la educación privada es una concesión del Estado, que se resuelve en definitiva en permitir escuelas idénticas a las del sector público, pero con financiamiento privado, como paradójicamente está construida buena parte del ordenamiento educativo vigente.

C. El establecimiento de un sistema educativo público y la organización y orientación del sistema educativo global

El artículo 103 de la Constitución establece como cometido estatal la creación y sostenimiento de instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo.

Esta norma responde a la típica estructura de las «determinaciones de fines del Estado», es decir, es una disposición que señala al Poder Público un determinado cometido, el cual debe obtenerse mediante el empleo de las potestades que el mismo ordenamiento señala al Estado. Por ello, esta disposición no contiene un verdadero derecho subjetivo constitucional que pudiera ampararse, en los términos a los que nos referimos más arriba.

El contenido de la disposición es muy claro. El Estado —y por tal debe entender la República, los Estados y los Municipios— debe establecer un sistema educativo público, capaz de permitir a todos el acceso a la educación, sin más limitaciones que las derivadas de las aptitudes, vocación y aspiraciones.

Importa sobremanera anotar que ese sistema educativo público es distinto del sistema educativo global a que se refiere el artículo 102 de la Constitución. En efecto, es meridianamente claro que la Ley Fundamental prevé al menos dos tipos de sistemas educativos: el sistema educativo público —«impartida en las instituciones del Estado» (art. 103), en los términos de la Constitución— y el sistema educativo «privado». Sobre el primero el sector público posee poderes más amplios, tratándose de un subsistema establecido por él y que es el instrumento de ejecución de sus políticas educativas, los cuales exceden la simple inspección y vigi-

lancia a que se contrae el artículo 106. El propio texto constitucional le asigna como fin primordial «asegurar el acceso, permanencia y culminación (...), sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones».

El segundo subsistema es el sistema educativo privado, previsto en el artículo 106 de la Ley Fundamental. Este subsistema es en realidad un agregado de modelos educativos distintos, sólo limitados por los fines que la Constitución asigna a la educación tal como se anotó más arriba.

2. La Ley Orgánica de Educación a la luz de la Constitución

Un rápido reconocimiento de la normativa vigente en materia educativa descubre de inmediato una enorme profusión de normas de rango sublegal, dirigidas tanto al subsistema público como al privado sin distinción, que regulan en detalles todos los aspectos de la vida educativa. Frente a tan amplio afán normativo, la Ley Orgánica de Educación (LOE) es sumamente parca en la disciplina del sector educativo, limitándose a establecer los principios fundamentales que rigen al sector.

Esta constatación revela ya la primera inconformidad con la Constitución de la actual normativa educativa: la casi absoluta falta de base legal para incidir sobre el derecho a la educación, tanto pasivo como activo, de acuerdo con el principio de legalidad de las cargas que está en la base del régimen de los derechos constitucionales.

Por razones de la estructura misma de la LOE, centraremos nuestro examen en el análisis del derecho a educar, y de cómo éste es incidido por la Ley.

A. El criterio tradicional de la educación como servicio público y su inconstitucionalidad

Dice el artículo 4 de la LOE:

La educación, como medio de mejoramiento de la comunidad y factor primordial del desarrollo nacional, es un servicio público prestado por el Estado, o impartido por los particulares dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquél y con su estímulo y protección moral y material.

El artículo copiado recoge el criterio tradicional en nuestro medio de que la educación es un servicio público, tanto si es prestado por el Estado como si es impartido por los particulares. Es recogido a su vez en el artículo 102 de la Constitución.

Si se entiende por servicio público toda actividad de interés general cuya gestión corresponde exclusivamente al Estado y sólo con concesión de éste a los particulares, parece evidente que una configuración técnica tal para la prestación de servicios educativos es contraria a los principios constitucionales que gobiernan la educación.

En efecto, entender que la educación es un servicio público no sólo en el caso en que sea impartida por el Estado —supuesto que no sería problemático— sino también cuando es ejercida por los particulares, significaría que impartir educación es una actividad reservada al Estado, la cual sólo podrían ejercer los particulares previa autorización o concesión estatal, de acuerdo con la técnica al uso en ese tipo de limitaciones a los derechos de los particulares. Así, en principio sólo el Estado podría educar; para que a ello puedan acceder los particulares, sería necesaria una concesión o, al menos, una autorización estatal.

Tal construcción es, en nuestra opinión, abiertamente inconstitucional. En primer lugar, ya se vio claramente que la Constitución prevé, en paridad de ámbito al derecho a acceder a la educación, la libertad de educar: «toda persona natural o jurídica puede fundar y mantener instituciones educativas privadas...» (art. 106). Someter ese derecho constitucional a los rígidos módulos del servicio público sería contrario a la esencia de ese derecho, del mismo modo que sería inconstitucional entender que la maternidad (art. 76 de la Constitución) es un servicio público y que por tanto sólo puede ejercerse previa concesión o autorización estatal. Tan es así, que la técnica de la reserva estatal —la cual constituye el servicio público— está expresamente prevista en la Constitución y solamente en el área económica (art. 302). Tal posibilidad de reserva no existe en el área educativa.

Además, la función estatal en materia del derecho a educar está precisamente acotada en el artículo 106 de la Constitución: el Estado sólo puede inspeccionar la educación privada. Catalogar a ese derecho como un servicio público, con la posibilidad por tanto de someter su ejercicio a autorizaciones u otros controles previos, excede completamente los parámetros constitucionales. Inspeccionar, que se refiere, por propia naturaleza, a una actividad particular ya desarrollada que se supervisa. En cambio, autorizar, conceder, etc., son modos públicos de intervención que suponen un *prius* temporal, una incidencia previa en el derecho de que se trate, incidencia que estaría prohibida por la estructura del artículo 106 constitucional. Dado que la concepción de la educación como un servicio público implica *per se* esa intervención previa, nos encontramos ante **otra razón de inconstitucionalidad de esa concepción.**

En conclusión, los parámetros constitucionales prohíben entender la educación, al menos cuando es impartida por particulares, como un servicio público exclusivo y excluyente en manos del Estado. Por tanto, la correspondiente cláusula del artículo 4º LOE es inconstitucional y debe ser interpretado bajo estos criterios.

De allí que sea inconstitucional entender que el derecho a educar está reservado al Estado, y que por tanto sólo mediante concesión puedan ejercerlo los particulares. Esa interpretación reconduciría de nuevo la educación al concepto de servicio público en el sentido de exclusividad estatal de su prestación, salvo concesión o autorización. De allí que la expresión «servicio público» deba entenderse como servicio público concurrente, dentro del sistema de BREWER. Así, la educación viene a ser un servicio público que el Estado *está obligado* a prestar y que los particulares *tienen derecho* a ofrecer.

Por ello, no puede considerarse que las potestades de inspección y vigilancia del Estado sobre la educación privada (art. 106 C) sean discrecionales, pues ello implicaría la negación del derecho a educar prevista en ese mismo artículo. La existencia de ese derecho hace que las potestades educativas del Estado sean *esencialmente regladas*, debiendo partir su ejercicio del reconocimiento de la facultad privada a educar y de la debida justificación de su intervención en razones debidamente motivadas y razonables, de acuerdo con las técnicas ya conocidas de control de la discrecionalidad. Una negativa pura y simplemente discrecional del Estado a la petición de que se aceptan centros educativos privados, por ejemplo, sería inconstitucional a tenor del artículo 106 C y de los artículos referidos de los tratados de derechos humanos, pues en principio debe presumirse el derecho humano a educar del peticionante y sólo el incumplimiento —razonablemente medido— de los requisitos establecidos en el propio artículo 106 C puede justificar una negativa.

B. La estatalización de la educación privada en la LOE y su inconstitucionalidad

Tres artículos básicos de la LOE dibujan precisamente el régimen de la educación privada:

Artículo 55. Son planteles oficiales los fundados y sostenidos por el ejecutivo Nacional, por los Estados, por los Territorios Federales, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado, debidamente autorizados por el Ministerio de Educación. Se denominan privados los planteles fundados, sostenidos y dirigidos por personas particulares. La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos deberán ser autorizados periódicamente por el Ministerio de Educación. Los servicios e institutos educativos quedan some-

tidos a las normas y regulaciones que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Educación, salvo los casos regidos por leyes especiales.

Artículo 56. Todos los planteles privados estarán sujetos a la supervisión y control del Ministerio de Educación, salvo aquellos que se rijan por leyes especiales. Dichos planteles se clasifican en inscritos y registrados. Son planteles privados inscritos, los que obtengan la inscripción en el Ministerio de Educación y se sometan al régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamentos y las normas emanadas de las autoridades competentes, con el fin de que sean reconocidos oficialmente los estudios en ellos realizados y a sus alumnos puedan serles otorgados los diplomas, certificados y títulos oficiales respectivos. Son planteles privados registrados los que no aspiren a tal reconocimiento por parte del Estado, pero que estarán obligados a seguir los principios generales que indica la ley y a cumplir las disposiciones que para ello establezca el Ministerio de Educación.

Artículo 57. Los institutos privados que impartan educación preescolar, educación básica y educación media diversificada y profesional, así como los que se ocupen de la educación de indígenas y de la educación especial, sólo podrán funcionar como planteles privado inscritos. (...)

Es difícil imaginar una habilitación más amplia, general y menos tasada que la dada por estos artículos al Ministerio de Educación sobre la educación privada.

En primer lugar, el artículo 55 somete a una autorización periódica —que en la práctica es anual, increíblemente— la organización, funcionamiento y formas de financiamiento de los planteles privados; además, el artículo 56 sujeta a todos los planteles privados a la «supervisión y control» del Ministerio y, ello es lo más dramático, la clasificación de los planteles privados en inscritos y registrados (art. 56) tiene como único efecto vincular a los primeros al «régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamentos y las normas emanadas de las autoridades competentes», es decir, convertirlos en planteles oficiales pero con financiamiento privado, dado el grado de detalle a que alcanza, como se verá, ese régimen. Y tal vinculación es necesaria nada menos que a fin de que sean reconocidos oficialmente los estudios en ellos realizados y a sus alumnos puedan serles otorgados los diplomas, certificados y títulos oficiales respectivos. En otras palabras, el artículo 56 de la Ley está fundando un modelo educativo monopólico, al exigir a los planteles privados la sujeción al mismo régimen, hasta el detalle, de los planteles oficiales.

Como se vio, tal monopolio es inconstitucional. Si para poder impartir educación con efectos prácticos: reconocimiento oficial —y ello está incluido en el derecho constitucional cuando pone como fin de la educación «desarrollar el potencial creativo», y no se ve cómo pueda hacerlo si

esa educación no es reconocida públicamente— es necesario sujetarse al mismo e íntegro régimen de los planteles oficiales, inclusive hasta el grado de detalle que establezcan «las normas emanadas de las autoridades competentes» —es decir, hasta la ínfima norma del Ministerio de Educación— el derecho a educar carecería de contenido, reduciéndose a la mera posibilidad de financiar una unidad educativa que impartirá exactamente el mismo mensaje que una oficial.

En contra no puede alegarse que la ley da espacio a los planteles registrados, que sólo deberán seguir «los principios generales que indica la ley» (art. 56, *in fine*) ya que tales planteles no pueden acceder a la educación preescolar, básica, media diversificada, y profesional, de indígenas y especial —*id est*, casi toda la educación— y la Constitución no establece tales reservas. Además debe insistirse en que no satisface los parámetros constitucionales la posibilidad de impartir educación no reconocible públicamente, como serían el caso en los planteles registrados, porque el derecho a educar debe resolverse en una formación que desarrolle la creatividad, y ello es imposible si ella no alcanza relevancia pública.

En consecuencia, la letra de los artículos 55, 56 y 57 de la LOE no calza con la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación conforme con la Constitución del ordenamiento, concluir en la nulidad de estas normas produciría a su vez mayores inconstitucionalidades, ya que no habría título legal a supervisar y vigilar los planteles privados, poderes expresamente previstos en la Ley Fundamental. Debemos, por tanto, intentar esa lectura conforme, concluyendo en inconstitucionalidad sólo cuando no quede otro remedio.

Comenzando por el artículo 55, debemos analizar la última cláusula del acápite: «La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos (los planteles privados) deberán ser autorizados periódicamente por el Ministerio de Educación».

Esta disposición somete al régimen integral de los planteles privados (no parece haber nada fuera de organización, funcionamiento y financiamiento) a la autorización periódica del Ministerio de Educación. De acuerdo con lo afirmado más arriba, los poderes estatales sobre la educación privada sólo pueden ejercerse *ex-post* —se trata en todo caso de potestades de inspección y vigilancia— y dentro de ellos no cabe una potestad general de autorización —previa por naturaleza— de todo el régimen educativo de los planteles privados. A tal prohibición de empleo de la técnica autorizatoria en educación se une el calificativo, intasado por cierto, de periódica que usa la ley, y que añade arbitrariedad a la figura. Por último, aun en el caso en que fuera posible recurrir a las autorizaciones

en educación, sería contrario al principio favor libertatis la existencia de un régimen autorizatorio general e ilimitado como el que establece el artículo, que lo convierte en una reserva global que carece de base en la Constitución.

Por lo tanto, la cláusula en estudio es inconstitucional y no parece posible una lectura conforme. Su eventual nulidad, además no traería mayores problemas, ya que el artículo 56 LOE ya prevé poderes de supervisión y control en cabeza del Ministerio de Educación.

Con relación al artículo 56, nuestro examen debe centrarse en buscar una interpretación conforme con la Constitución de su aparente pretensión monopólica de modelos educativos. El artículo establece expresamente que los planteles inscritos —es decir, aquellos que pretenden ofrecer una educación reconocible públicamente— deben «someterse al régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamentos y las normas emanadas de las autoridades competentes».

Como ya se vio, tal sometimiento no puede entenderse tan exhaustivo que impida el ejercicio del derecho a educar, que incluye la posibilidad de optar por un modelo educativo cualitativamente distinto oficial, dentro del marco constitucional, fundándose así también la posibilidad de fundar establecimientos educativos cualitativamente distintos de los planteles oficiales. Sin embargo, tal libertad educativa tampoco es absoluta, porque el Estado tiene funciones de inspección y vigilancia, potestades que obviamente han de tener alguna concreción normativa, por lo que tampoco cabe hablar de nulidad de la referida disposición.

Se trata entonces de encontrar un equilibrio entre el derecho a educar y las potestades estatales en la materia, equilibrio que se encuentra en el límite de esas potestades: ¿hasta dónde puede normar el Estado sin violentar el derecho?

La propia Ley Fundamental nos ofrece un estándar perfectamente discernible en el artículo 156, ordinal 24:

Es de la competencia del Poder Público Nacional:

24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.

Políticas y servicios. Dos conceptos precisamente definidos en la doctrina, y que permiten resolver adecuadamente la interrogante. Las potestades estatales sobre la educación sólo puede resolverse, normativamente hablando, estableciendo las políticas y servicios de educación. Un rápido recordatorio de lo que por tales se entiende demostrará la pertinencia del sistema constitucional.

Política es la orden general, que deja a su destinatario libertad con respecto a los medios para obtenerlo. Como se ve, es el tipo de normativa adecuado para orientar un proceso, cometido que es precisamente el que corresponde al Estado en la educación. Ello, unido a su generalidad, permite descubrir su adecuación a la materia en estudio.

Servicio —por su parte— se refiere al sector público de la educación, a los establecimientos que el Estado debe fundar para garantizar el acceso a la educación. Así, el Estado no puede normar sobre la base de esta competencia: se refiere a la creación del sistema educativo público.

Políticas y servicios. He aquí el punto de equilibrio entre la libertad de educar que establece la Constitución y las potestades normativas estatales en el área. Con ese estándar es posible enjuiciar el artículo 56 LOE y conseguir su lectura conforme a la Ley Fundamental.

En efecto, el sometimiento de los planteles privados inscritos «al régimen educativo que consagra esta Ley, sus reglamentos y las emanadas de las autoridades competentes» sólo existe en cuanto ese régimen contiene políticas, en los términos señalados *supra*. Si ese régimen contiene una regulación tan detallada que no deja libertad suficiente al operador educativo para escoger los medios más adecuados para obtener los objetivos que el Estado mediante una política —en el entendido que esa política sea general conforme con los fines del artículo 102 de la Ley Fundamental— tal disposición será inconstitucional o, de igual modo, si el Estado establece disposiciones educativas que, yendo más allá de la política general impiden su desarrollo plural —es decir, de modo diverso, tan diverso como permite el marco constitucional— por los planteles privados, tales disposiciones serán contrarias a la Constitución.

En otras palabras, el régimen educativo al que deben someterse los planteles inscritos para que la educación que imparten sea reconocible públicamente está compuesto exclusivamente por políticas nacionales generales. Así, debe permitir el libre juego del derecho a educar y básicamente, la posibilidad de desarrollar dentro de ese régimen general tantos modelos educativos como permite el marco constitucional.

C. Poderes del Ministerio de Educación sobre el régimen educativo

Dos normas de la LOE apoderan al Ministerio de Educación extensas facultades sobre el régimen educativo:

Artículo 47. El horario de trabajo diario, la organización del año escolar, los períodos de vacaciones, los lapsos de inscripción, los alumnos, las fechas de apertura y clausura de cursos y demás aspectos relativos a la administración escolar, son objeto de reglamentación y para tal fin se

considerarán las peculiaridades de vida y las condiciones de trabajo de las distintas regiones geográficas del país.

En el nivel de educación superior regirán las disposiciones que establezca la ley especial correspondiente.

Artículo 48. La planificación y organización del régimen de los distintos niveles y modalidades del sistema educativo será realizado y elaborado por el Ministerio de Educación salvo las excepciones contempladas en la ley especial de educación superior.

A los fines previstos en el presente artículo se promoverá y estimulará la participación de las comunidades educativas y de otros sectores vinculados al desarrollo nacional y regional.

Tan extensos poderes sobre la administración escolar y sobre la planificación y organización del régimen educativo sólo pueden calzar con la normativa constitucional si se resuelven exclusivamente en políticas generales, tal como expresamos más arriba. Encontramos, así, la primera aplicación práctica de ese estándar constitucional, aplicación sobre la cual sólo podemos hacer por ahora los siguientes comentarios:

Tal aplicación debe realizarse siempre sobre la normativa concreta que se haya dictado en materia educativa. En abstracto es sumamente difícil precisar si una determinada disposición es o no una política general y, en consecuencia, respeta o no el derecho a educar garantizado por la Constitución. Tales exámenes se harán más adelante, pero no puede dejar de apuntarse ahora que una lectura aun superficial del Reglamento General de la LOE, por ejemplo, describe tal grado de detalle que es difícil encuadrar muchas de sus normas en la categoría de políticas nacionales.

En segundo lugar, debe insistirse en que el núcleo de la libertad de educar es la posibilidad de ofrecer modelos educativos alternativos al modelo oficial. Aunque ello viene garantizado técnicamente mediante la aplicación del parámetro de las políticas, es sobremana importante traerlo de nuevo aquí a fin de remarcar la prohibición constitucional de convertir a los establecimientos educativos privados en meros repetidores del único y monopólico modelo educativo público, vía una regulación detallada y omniabarcante del régimen educativo.

En tercer lugar, para la correcta —constitucional— interpretación de las potestades del Ministerio de Educación en la materia de la administración y del régimen educativo, siempre debe tenerse en cuenta que las potestades públicas en la materia son de inspección y vigilancia —lo que prohíbe intervenciones *a priori*— y de política, lo que veda la reglamentación exhaustiva que impide el libre juego de la iniciativa privada en educación hasta donde está garantizado por la Ley Fundamental.

Por último, en esta materia es sobremanera importante una aplicación especialmente intensa del principio *pro libertate* (artículo 20 de la Constitución) de modo que las potestades públicas en el sector educativo restrinjan la libertad de educar sólo cuando sea necesario y en la medida en que sea necesario dentro de los moldes constitucionales.

D. El término «aceptación» en el artículo 106 C

El carácter prevalente de la potestad paterna y materna de escoger la educación de los hijos, que implica necesariamente la existencia y protección de la educación privada que permite esa escogencia, se ve reforzado por la letra del artículo 106 de la Constitución, que usa el término «aceptación» para referirse a uno de los poderes del Estado sobre ella.

«Aceptación» es vocablo atécnico, sobre todo mucho menos agresivo que el específico de autorización, que hubiera conectado la educación privada con un régimen de sometimiento a decisiones más o menos discrecionales de la Administración competente. En cambio, «aceptar» apunta a un poder que se ejerce frente a un derecho de los particulares, en este caso el de educar, como corolario obligado de ese derecho.

De allí que disciplinar la educación privada con un régimen de autorizaciones, es decir, entendiendo que está reservada al Estado y que sólo mediante esa autorización pueden prestarla los particulares, sería inconstitucional por violatorio del artículo 106 de la Constitución. Como se vio, ello hace nulo el régimen de autorizaciones del artículo 55 de la LOE.

3. Repartición territorial de competencias en materia de educación

Dice BREWER:

Aparte de las competencias de los Estados enumeradas en el artículo 17 de la Constitución y que son todas de carácter formal excepto por lo que se refiere a la policía urbana y rural, en el texto fundamental pueden identificarse otra serie de competencias que corresponden a los estados, en forma concurrente con las competencias de otros niveles territoriales.

En efecto, la Constitución consagra una serie de competencias que no se reservan a ninguna de las ramas del Poder Público en sentido vertical. Hemos dicho que la totalidad de los entes que conforman la organización política de la Nación, a la que la Constitución engloba bajo el término «Estado», realizan su actividad en ejercicio también de una sola potestad genérica, «el Poder Público», que se distribuye vertical y horizontalmente. Por ello todas las veces que la Constitución utiliza la palabra «Estado», tiene que entenderse comprensivo de la totalidad de los entes que conforman la organización política nacional. En cambio,

cuando la Constitución ha querido hablar específicamente de la República, de los Estados o de los Municipios, lo ha hecho expresamente. Por ejemplo, en la redacción del artículo 124, al establecer que «Nadie que esté al servicio de la *República*, de los *Estados*, de los *Municipios* y demás personas jurídicas de derecho público, podrá celebrar contrato alguno con ellos...». Así, cuando la Constitución ha querido mencionar a las personas jurídicas estatales concretas dentro de la distribución vertical del poder, lo hace expresamente. De resto, cuando utiliza la expresión «Estado» tiene que entenderse que es una expresión comprensiva de todos los órganos que conforman la organización política de la nación, en los tres niveles territoriales, que ejercen las competencias que se han delineado de acuerdo a los principios constitucionales.

Por tanto el tercer grupo de competencias de los Estados, es el que resulta de las materias que son atribuidas en forma concurrente a la República, a los Estados y a los Municipios. Se insiste, si se analizan en forma concatenada los artículos relativos a los derechos económicos y sociales y los que asignan atribuciones a los Municipios y al Poder Nacional, resulta que hay una serie de competencias atribuidas al *Estado*, como noción que abarca al conjunto de entes orgánico-territoriales de nuestro país (República, Estados y Municipios), y que corresponden en forma concurrente a los diversos niveles territoriales.

Estas competencias atribuidas por la Constitución al «Estado», por tanto, como ha quedado argumentado, no son atribuidas a la República ni al Poder Nacional exclusivamente, sino que corresponden a todos los entes público-territoriales de nuestra organización federal: a la República, a los Estados Federales y a los Municipios. Cada uno de ellos tiene competencia en esas materias, con las limitaciones que se derivan de las regulaciones de los artículos 30 y 136 de la Constitución, que puedan asignar exclusivamente algunas materias a los niveles municipales y nacional, lo cual excluiría la competencia estatal. (BREWER-CARIAS, Allan R. *Instituciones políticas y constitucionales*, Tomo II. pp. 387-388).

La educación es así una competencia *concurrente* entre la República, los Estados y los Municipios, pues los artículos 102 y 103 la asignan *al Estado* como un todo. Así la relación entre ellos debe regularse mediante la técnica leyes de base-leyes de desarrollo, de acuerdo con el artículo 165 C. A continuación se explicará el alcance de ese mecanismo.

A. Leyes de base y leyes de desarrollo

La técnica prevista en la Constitución disciplina la concurrencia de potestades legislativas en las leyes de base-leyes de desarrollo. En efecto, de acuerdo con el artículo 165:

Artículo 165: Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal.

En definitiva, también resulta necesario establecer las líneas fundamentales de la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo, desde que no hay duda de que la Constitución la emplea expresamente (art. 165).

La técnica de leyes de base y leyes de desarrollo encuentra su justificación desde que sobre un mismo objeto recaen potestades legislativas distintas, y siendo éstas por definición supremas, es necesario repartir el campo entre ambas: a la potestad legislativa nacional corresponderá la disciplina de lo básico y a la estatal el desarrollo de esas bases. Este es, *grosso modo*, la justificación y la estructura de esta institución.

No existe en nuestro medio ningún ejemplo práctico en que se haya empleado esta técnica. Las características profundamente centralizadas de nuestro sistema político hicieron inviable legislación estatal en materias concurrentes. Ahora, en cambio, las Asambleas Legislativas, hoy Consejos Legislativos, comienzan a producir normativas y se hace necesario perfilar los modos de articularla con la legislación nacional. Por estas razones, es necesario acudir al Derecho comparado para ello.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, la esencia de la concurrencia normativa en lo básico y en el desarrollo se articula sobre cinco nociones básicas:

- 1° Corresponde a la normativa básica el establecimiento de la política nacional del sector, en tutela del interés general que corresponde al Poder Nacional de acuerdo con el artículo 156, 2° de la Constitución, logrando un régimen unitario. Esa unidad, sin embargo, debe permitir la actuación de las potestades estatales en procura de políticas propias, incluso divergentes de Estado a Estado. El juego característico de bases-desarrollo es, pues, el establecimiento por las primeras de la política global del sector y de las políticas propias de los Estados por las segundas.
- 2° La técnica de las bases pretende construir un común denominador normativo del sector de que se trate en todo el territorio nacional, sobre el cual los Estados podrán desarrollar las peculiaridades que les convengan. Es la unidad de regulación el fin de la técnica en estudio, unidad que no sea uniformidad sino que permita la estructuración de políticas propias por los Estados.

- 3° Esta unidad, que no uniformidad, impide que el Poder Nacional, al establecer las bases de un sector, lo regule pormenorizadamente. Es necesario que se reserve a los Estados un sector sustancial, de modo que allí puedan emplear su potestad legislativa y no meramente reglamentar. Una ley de bases que regule totalmente la materia respectiva sería inconstitucional.
- 4° La conjunción de ambas normas debe producir un mismo sistema normativo, en el cual la regulación por cada nivel del Poder Público no sea contradictorio con la del otro. Para ello, como se verá, la estructura técnica de la ley de bases prevé el encuadramiento de la legislación estatal.
- 5° La norma de desarrollo no es un reglamento de la ley de bases, porque si así fuera no permitiera en realidad políticas que deban ejecutarse mediante ley. Que la normativa de desarrollo sea —pueda ser— de rango legal se resuelve en que el Estado goza de esa libertad política —mucho más intensa que la mera discrecionalidad administrativa— propia de los legisladores.

A. EL CONCEPTO MATERIAL DE LAS BASES

Para acceder con éxito la noción de leyes de base es imprescindible anotar desde ya que no se trata de un fenómeno de delegación legislativa. En otras palabras, éstas no son posibles delegaciones que el Poder Nacional haría a los Estados para que legislen de acuerdo con la ley delegante. Los poderes de los Estados de dictar la legislación de desarrollo dimanen *de la misma Constitución*, del mismo modo que los nacionales de establecer las bases. Por ello, no todo lo que el Poder Nacional considere básico lo es, pues, como ya se ha dicho, debe regular de tal modo ese sector de base que permanezca dentro de la atribución de los Estados la posibilidad de construir políticas propias incluso mediante la legislación. No siendo delegada por el Poder Nacional, sino originaria, la competencia estatal de desarrollo de las bases, cualquier extralimitación del Poder Nacional es fiscalizable por la Corte Suprema de Justicia y, a la recíproca, la invasión de lo básico por los Estados también puede ser controlada por esa sede judicial.

Otra consecuencia de esta doctrina, de efectos prácticos inimaginables, es que, no siendo delegada la potestad estatal de dictar las leyes de desarrollo, *los Estados pueden dictar esa normativa aunque no se hayan promulgado todavía las leyes de base correspondientes*. Los Estados no tienen por qué esperar que el Poder Central establezca las bases para actuar sus potestades legislativas de desarrollo, desde que éstas son originarias y no delegadas. Una solución distinta bloquearía de hecho la posibilidad

estadal de legislar y la sometería inconstitucionalmente al arbitrio del Congreso de la República.

De hecho, y como reseña la práctica comparada, las leyes de desarrollo se dictan normalmente antes de las leyes de base. Por ello, y se aprecia aquí el enorme impacto práctico de la figura, *es posible en Venezuela que los Estados dicten su correspondiente ley de educación, aunque no se haya dictado aún la ley nacional de bases* y por supuesto dentro de su espacio mucho mayor que el absolutamente inconstitucional detalle de la Ley Orgánica de Educación deja sin regular. La doctrina de las bases-desarrollo se convierte así en un verdadero instrumento de profilaxis de la legislación nacional que, sin duda, no deja verdaderos espacios al ejercicio de las potestades legislativas estadales en materia concurrentes. Además, como ya puede verse, la federalización del sistema político va a producir el reacomodo de la legislación nacional en sectores concurrentes, pues en la actualidad invade las potestades estadales en muchísimos campos. De allí, en conclusión, la importancia superlativa de esta doctrina y su correcta aplicación por los operadores jurídicos.

B. ESTRUCTURA DE LA LEY DE BASES

Tocará al Poder Nacional la regulación de todo lo referente al interés general. ¿Quién es el competente para determinar qué es de ese interés en una determinada materia? No puede ser otro que el mismo legislador nacional. Tal conclusión deriva en nuestro medio no sólo del mismo principio que radica la tutela del interés general del Estado en el Poder Nacional, sino también de la competencia de éste para legislar en lo relativo a «todas las materias de la competencia nacional» (art. 156, ord. 32) una de las cuales es esa tutela del interés general (art. 156, ord. 2). Dos observaciones deben incluirse aquí: la calificación de una materia como del interés general que haga el legislador no puede ir en contra de calificaciones constitucionales. En segundo lugar, no puede el Estado mediante este conducto absorber la regulación íntegra de una materia que corresponda también a los Estados: debe dejar en todo caso un espacio suficiente para que éste gestione libremente, incluso en uso de su potestad legislativa.

Para concluir el análisis de la técnica de las leyes de base y de desarrollo, es necesario esbozar someramente la estructura de la ley de bases que permite el juego de las potestades legislativas estadales. Esa estructura está compuesta, básicamente, por el círculo material de interés general y por el círculo de encuadramiento.

a'. Círculo material de interés general

En ese sector el legislador nacional debe regular íntegramente aquellos aspectos de la respectiva materia que sean del interés general: no puede haber aquí intervención estatal. Incluso si este interés exige una normativa pormenorizada, tocará al Poder Nacional, por sí solo, desarrollarla.

Ejemplo de una regulación material del interés general a nivel municipal, en vista de la ausencia de uso de estas cláusulas constitucionales por los Estados, lo tenemos en el capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que determina con precisión el contenido de los planes de ordenación urbanística. Debe considerarse que tal contenido es parte de la concreción del interés general en materia urbanística, y por tanto corresponde al Poder Nacional y no al Municipio.

b'. Círculo de encuadramiento

No es suficiente que el Poder Nacional determine con precisión y regule exhaustivamente los aspectos de interés general de las materias en que actúa concurrentemente con los Estados. La Constitución ordena la «colaboración» entre los órganos que ejercen el Poder Público con el objeto de «realizar los fines del Estado». Esto sólo es posible si estos «fines del Estado» son los mismos para el Poder Nacional y para los Estados. Esta identidad de fines exige entonces que la total actividad pública se oriente y se coordine hacia ellos, orientación y coordinación que corresponderá efectuar al Poder Nacional como tutor del interés general.

Estas consideraciones determinan que la ley de la materia no sólo discipline el interés general involucrado, sino que también fije unos objetivos mínimos, una estrategia general conforme a la cual el estado de que se trate ejerza su actividad sobre la materia en que concurre con el Poder Nacional. Esos lineamientos constituyen el círculo de encuadramiento de la potestad estatal dentro del esquema global de actividades públicas, radicalmente ordenadas hacia unos fines determinados en la Constitución.

Es preciso dejar en claro, pues, que la ley material que organice las intervenciones nacionales y estatales en la misma área no puede reducirse a una mera repartición de campos, fijados los cuales cada parte se desentiende de la otra. Hay unos fines y unos propósitos que exceden completamente las atribuciones de uno y otro sector, para residenciarse en el mismo supraordenamiento constitucional. Al Poder Nacional toca, dentro de los límites constitucionales, definirlos y orientar a todo el Poder Público hacia su consecución.

Por otro lado, debe siempre respetarse la autonomía estatal, aun en el desarrollo de estos círculos de encuadramiento. Por ello, la estrategia que

se diseñe debe permitir, en todo caso, un sustancial ámbito de libertad para los estados, dentro del cual éstos puedan llevar a la práctica políticas propias.

B. CONTENIDOS DE LA LEY NACIONAL Y DE LAS LEYES ESTADALES
EN MATERIA DE EDUCACIÓN

Vista la doctrina anterior permítase ensayar un esquema de contenidos máximos y mínimos de las leyes nacionales de base y las leyes estadales de desarrollo de la competencia pública educativa.

*a'. La Ley Orgánica de Educación y su inconstitucionalidad
por violar el reparto territorial de competencias*

Es evidente la contrariedad a la Constitución del régimen actual de la educación, pues el modelo de la LOE es absolutamente centralista e impide de raíz a los Estados cualquier ejercicio de políticas propias en la materia. De modo análogo a como se analizó anteriormente el respeto a la educación privada, el asfixiante monopolio educativo del Ministerio de Educación transgrede la autonomía estatal en la materia. De allí la necesidad imperiosa de entender inconstitucional la LOE y proceder por parte de los Estados a dictar sus propias normas. Como ha ocurrido en el derecho comparado, *ello debe acontecer sin esperar el acomodo de la ley nacional, que quizás nunca vendrá*. Es perfectamente posible desde luego dictar las leyes estadales de educación, ingresando en zonas mucho más vastas que el mínimo resquicio que deja la LOE y su reglamento.

Por lo tanto, la ley nacional que sustituiría a la LOE debe ser mucho más sobria y sólo limitarse, como dice el artículo 165 de la Constitución, a establecer las *bases* de la educación, los elementos imprescindibles que debe contener un marco educativo federal dentro del cual pueda desarrollarse verdaderas políticas estadales. Poda intensa de la minuciosa legislación nacional, y su sustitución por un marco mínimo, pues.

Ese marco sólo debe incluir los contenidos nacionales mínimos que se consideren esenciales en la educación de todo venezolano. De allí que los apoderamientos hoy existentes para el Ministerio de Educación (art. 55 LOE y 8 del Reglamento de la LOE [RLOE]) deben eliminarse, pura y simplemente, para dar paso a marcos generales. Hasta qué grado de detalle pueden llegar éstos es asunto de pedagogos, pero sin duda el Derecho pone como límite la necesidad de mantener siempre el juego estatal de políticas propias. Así, por ejemplo, el marco general debe contener las habilidades de comunicación (lectura y escritura) y numéricas esenciales, pero dejar la profundización y el desarrollo de éstas a los Estados. Sería inconstitucional, según este razonamiento, un currículum nacional que

ocupe la totalidad de las horas hábiles de la semana, tantas que hagan marginal el tiempo de que disponen las autoridades estatales para desarrollar sus políticas educativas.

Es doble, pues, el límite constitucional a los poderes educativos nacionales. El respeto al ideario de padres, madres y educadores, por un lado, y las potestades estatales de legislación de desarrollo y, como veremos, de ejecución, hacen que el bloque normativo de la educación sólo corresponda en sus líneas generales al Poder Nacional, siendo sus protagonistas los Estados y los particulares.

II. LEGISLACIÓN EDUCATIVA. LA LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN Y SUS REGLAMENTOS

La Ley Orgánica de Educación de 26 de julio de 1980 es la normativa fundamental de la educación en Venezuela. Junto con su Reglamento, de 15 de septiembre de 1999, regula pormenorizadamente todo el régimen de la educación básica y diversificada.

La LOE se divide en nueve títulos. Luego de la repetición de los lemas constitucionales ya comentados, se enuncia y desarrollan los principios y estructura del sistema educativo. Allí se enumeran y regulan los niveles de la educación (preescolar, básica, media diversificada y profesional y superior) y sus modalidades: especial, para las artes, militar, de ministros del culto, de adultos y extraescolar, dedicándose un capítulo a cada nivel y modalidad.

A. Régimen Educativo. Actividades Educativas

El título III, relativo al Régimen Educativo, es sin duda el más importante de la Ley. Allí se regula el calendario escolar, no menor de 180 días hábiles al año (art. 46), el derecho a la educación religiosa a solicitud de los padres (art. 50), la educación indígena y fronteriza. La cifra de todo el sistema educativo venezolano es el artículo 48 LOE:

La planificación y organización del régimen de los distintos niveles y modalidades del sistema educativo será realizado y elaborado por el Ministerio de Educación salvo las excepciones contempladas en la Ley Especial de Educación Superior.

A los fines previstos en el presente artículo se promoverá y estimulará la participación de las comunidades educativas y de otros sectores vinculados al desarrollo nacional y regional.

Comienza aquí el apoderamiento general, ilimitado y no tasado del Ministerio de Educación para regular el sistema educativo. Por si quedara

dudas de la omnipotencia del Ministerio, el artículo 8 del Reglamento establece:

La revisión y actualización del régimen de estudio de los niveles y modalidades del sistema educativo, a fin de ajustarlo a los nuevos conocimientos y orientaciones surgidos en los campos científico, humanístico, técnico y pedagógico, corresponderán al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, conforme a las disposiciones siguientes:

1° Las dependencias competentes determinarán la oportunidad en que deberán realizarse las acciones pertinentes.

2° Los planes y programas de estudio, sus enmiendas y reformas, así como las experimentaciones pedagógicas, serán dictados o autorizados mediante Resoluciones del Ministro de Educación, Cultura y Deportes y evaluados permanentemente en los lapsos que se establezcan.

Al colmo se llega con el artículo 201 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente: «A los fines de garantizar el mejoramiento de la calidad del sistema educativo venezolano y la ampliación de su cobertura, el Ministro de Educación, Cultura y Deporte podrá dictar las medidas administrativas que juzgue necesarias».

El Ministerio de Educación sería la autoridad única y definitiva de la educación en Venezuela, de ser por la LOE y su reglamento. Pero, como vimos, esa conclusión es abiertamente inconstitucional. Por un lado, las potestades nacionales en materia educativa conviven con los poderes estatales y municipales, de acuerdo con la concurrencia de competencias prevista y regulada en los artículos 102, 103 y 165 de la Constitución. De allí que estos apoderamientos generales que realiza la LOE y su reglamento deben entenderse limitados únicamente a los aspectos *básicos* de la educación en Venezuela, teniendo que dejar espacio para el juego de las potestades estatales.

Por otro lado, estas potestades nacionales también se ven limitadas por el derecho a educar (art. 106 C) que exige la existencia de modelos educativos alternativos, públicos y privados, lo que sería imposible si el Ministerio de Educación regula todo y hasta el detalle. Inválidas, pues, las cláusulas generales de apoderamiento que la LOE y su Reglamento crean en cabeza del Ministerio de Educación: se ven limitadas por las potestades estatales y municipales y por el derecho a educar.

De allí que sean también inconstitucionales los regímenes de elaboración de currículum de la educación básica y media diversificada, previstos en los artículos 22 y 28 del Reglamento:

Artículo 22: En el plan de estudio para la educación básica serán obligatorias las siguientes áreas, asignaturas o similares: Castellano y Literatu-

ra, Geografía de Venezuela, Historia de Venezuela, Geografía General, Historia Universal, Matemática, Educación Familiar y Ciudadana, Educación Estética, Educación para el Trabajo, Educación para la Salud, Educación Física y Deporte, Ciencias de la Naturaleza, Biología, Física, Química, Inglés y cualesquiera otras que con tal carácter establezca el Ejecutivo Nacional. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8° de este Reglamento, hará las adaptaciones pertinentes de los programas de estudio, para el medio rural, regiones fronterizas y zonas indígenas.

Artículo 28: En los planes de estudio de educación media diversificada y profesional son obligatorias, además de las asignaturas y similares específicas de cada especialidad y mención, las siguientes: Castellano, Literatura Venezolana, Historia de Venezuela, Geografía de Venezuela, Educación Física y Deporte y cualesquiera otras que con tal carácter establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8° de este Reglamento. Asimismo, se establecerá un régimen de pasantías en las especialidades y menciones que señale el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y en la forma y condiciones que establezca el Ejecutivo Nacional.

Parágrafo Único: Los planes de estudio de este nivel se organizarán de tal manera que los alumnos puedan realizar transferencias entre las distintas especialidades.

Los Estados, Municipios y los particulares tienen la libertad constitucional de participar en el diseño del currículum, cosa imposible cuando se deja esta tarea íntegramente al Ministerio de Educación. Estos artículos son inconstitucionales, y debe entenderse que tanto los miembros de la Federación como los particulares pueden intervenir desarrollando un currículum mínimo a ser dictado por el Ministerio de Educación.

También son nulas todas estas disposiciones por tratarse de *cláusulas generales de apoderamiento*, verdaderos *cheques en blanco* a la Administración que no tienen cabida en un régimen de Derecho Administrativo. Dice GARCÍA DE ENTERRÍA:

El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Ley ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho abierto por la Revolución Francesa, en cuyo seno vivimos. La justificación de este aserto no es difícil. Desde un punto de vista abstracto un poder jurídico indeterminado es difícilmente concebible, o más claramente, es una contradicción con el sistema de Derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites (de los derechos de unos con los de otros, de los de cada uno con los de la colectividad, de los de ésta con los derechos de los ciudadanos, especialmente con los fundamentales o constitucionalmente declarados).

El principio de la tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública (...) es, pues, un principio esencial del Estado de Derecho, contemporáneo, que deriva de su condición de Estado que reconoce los derechos ajenos y no sólo los propios, de su carácter de complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y de competencias entre órganos diversos, de su reconocimiento, más o menos intenso o auténtico, pero sin excepciones hoy, siempre explícito, de un orden de derechos y libertades fundamentales del ciudadano. No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito (*agere licere*), tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente. (...)

Pues bien, es claro que no se trata en absoluto de una atribución de poderes ilimitados. Primero, porque en todos los casos se trata de una acotación de supuestos que no son ellos mismos ilimitados, sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los «conceptos jurídicos indeterminados», a los que luego aludiremos; así los «intereses peculiares de los pueblos», o la situación contraria al orden público no son, indefinidamente, cualquier supuesto que la Administración libremente quiera estimar, sino supuestos perfectamente delimitables por aplicación del concepto legal a situaciones reales, de modo que, por amplias que tales situaciones puedan ser, siempre podrá decirse con certeza de otras que no caen en absoluto bajo el concepto, lo que denota su limitación. Por otra parte, estos supuestos de ejercicio de la potestad juegan bajo la técnica normal de la legitimación, como requisito que condiciona la posibilidad de ejercicio de una potestad, pero no por ello trasladan a ésta una ilimitación de contenido o de posibilidades de actuación. Ese contenido *está siempre tasado* y no puede dejar de estarlo. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas, Madrid 1999).

B. Los planteles educativos

El capítulo II del Título III LOE disciplina los planteles, dividiéndolos en públicos y privados. Continúa aquí el asedio a la libertad educativa, propósito de toda la ley. Así, el artículo 55 establece:

Son planteles oficiales los fundados y sostenidos por el Ejecutivo Nacional, por los Estados, por los Territorios Federales, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado, debidamente autorizados por el Ministerio de Educación. Se denominan privados los planteles fundados, sostenidos y dirigidos por personas particulares.

La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos deberán ser autorizadas periódicamente por el Ministerio de Educación.

Los servicios e institutos educativos quedan sometidos a las normas y regulaciones que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Educación, salvo los casos regidos por leyes especiales.

El régimen será dictado por el Ministerio de Educación: «*Artículo 72*: El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte dictará las normas y procedimientos y establecerá los requisitos para la inscripción de planteles, el registro de centros y la autorización de cátedras y servicios educativos y privados y velará por su cumplimiento».

Como se vio, someter a autorización periódica todo el régimen de los planteles privados es inconstitucional, porque basta la *aceptación* del Estado, de acuerdo con el artículo 106 C, por un lado, y por otro esas potestades de supervisión corresponden también a los Estados y Municipios, muchas veces de manera exclusiva como se verá al referirnos a la transparencia de servicios.

C. Evaluación

Se regula en la Ley y en su reglamento de manera pormenorizada. Demasiado si quieren respetarse los derechos de los demás actores del sistema educativo, Estados, Municipios y particulares. Así, se regula en el reglamento los tipos, las formas y las estrategias evaluativas (arts. 87 y ss), de los órganos de evaluación, del proceso y del rendimiento estudiantil.

D. Permanencia del estudiante

El artículo 60 del Reglamento, apoyado por cierta jurisprudencia (TSJ-SPA de 18-5-2000, caso *Henry Clay*; CPCA de 9-2-88, caso *Doris de Rivas y otro*) parece apuntar a un derecho del alumno a permanecer y a ser reinscrito en el plantel donde curse estudios:

Artículo 60: Todo alumno inscrito en determinado plantel educativo mantendrá su inscripción en el mismo a menos que los padres o representantes manifiesten su voluntad de retirarlo.

Para quienes requieran ser reubicados en otro plantel por cambio de domicilio, debidamente comprobado, la inscripción podrá hacerse hasta el último día hábil del mes de mayo. El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes determinará los requisitos que deban cumplirse para formalizar la inscripción de los alumnos, dictará las normas y procedimientos pertinentes y resolverá los casos especiales no previstos en el presente artículo.

Parágrafo Único: La inscripción para los alumnos de educación preescolar y educación básica hasta el cuarto grado se efectuará con posterioridad a la realización de la prueba de ubicación, salvo que el alumno exhiba documentos probatorios de escolaridad.

Es evidente, como afirma la jurisprudencia citada, que ese derecho permite la expulsión del alumno por causas justificadas, de acuerdo con la LOE y su Reglamento. Plantea, por lo tanto, el problema de la obligatoriedad de reinscribir a los alumnos para el año siguiente no mediando esas causas de expulsión.

El caso parece claro en los planteles públicos: están obligados a reinscribir a todos los alumnos no expulsados, en vista de su obligación contractual de brindar educación. Distinto es el caso de los planteles privados, donde se ejerce el derecho de asociación (art. 52 C), que, como se entiende, supone una vertiente positiva y otra negativa, la de no asociarse con quien no se desea. Así, siendo un plantel privado ejercicio de la libertad de asociación desde que constituye una comunidad (art. 170 y ss RLOE) tiene derecho a interrumpir la asociación con los padres y representantes que les parezca oportuno. Para equilibrar ese derecho, en aras de la protección del derecho a educarse del alumno, esta negativa de reinscripción debe notificarse a los padres y representantes con prudente antelación, para que puedan buscar un nuevo plantel para su representado. Así lo había venido sosteniendo la jurisprudencia.

Lo que de ninguna manera es aceptable es el criterio jurisprudencial de acuerdo con el cual no existiría ninguna libertad contractual en materia educativa (TSJ-SPA de 2-5-2000, caso *Santiago de León*). Aunque no hay duda de las funciones de policía del Estado (no sólo del Poder Nacional) en la materia, éstas no alcanzan a eliminar la libertad de asociación (muchas veces especiales a través de contratos) que hay que respetar en los planteles privados.

E. Transferencias

La Ley y el Reglamento regulan también la transferencia, equivalencia y reconocimiento y reválida de títulos.

F. Supervisión

La Ley, el RLOE y el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente (REPD) disciplinan la supervisión, proceso que pretenden vigilar y asegurar el cumplimiento de los objetivos educativos. La divide en niveles: Planteles, Distritos Escolares, Zonas Educativas y Unidades Centrales del Ministerio.

Los supervisores constituyen un cuerpo de carrera, al cual se ingresa por concurso de méritos y de méritos y oposición y que exige la prestancia de varios requisitos:

Artículo 165: Para optar al cargo de supervisor, los aspirantes deberán participar en los concursos de méritos o de méritos y oposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Educación, en la forma y condiciones que determine el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. Para ejercer la función supervisora, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Poseer título docente de educación superior y haber ejercido cargos directivos de planteles por un lapso no menor de tres años, cuando se trate del segundo nivel jerárquico.
2. Haber ejercido las funciones de supervisión por un mínimo de tres años en el nivel jerárquico inmediato inferior para el cual aspiren, cuando se trate del tercero y cuarto nivel jerárquico.
3. Los demás que establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Parágrafo Único: Se exceptúan del cumplimiento de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, los docentes especialistas en las áreas, asignaturas o similares, que por su naturaleza y características así lo requieran.

El Ministro de Educación, Cultura y Deportes, mediante Resolución, establecerá las normas y procedimientos que regirán la materia regulada en este artículo.

Toda designación de supervisores hecha en contravención con estas normas es nula (art. 166 RLOE). De allí que *la creación de los supervisores itinerantes en el artículo 32 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente es nula*, porque se trataría de funcionarios de libre nombramiento y remoción, lo que contraría el régimen del Reglamento General de la Ley, instrumento especial de regulación de la supervisión y que por tanto prevalece sobre el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente. Además, esta violación del estatuto general del docente transgrede también el derecho constitucional a la carrera magisterial, que como se vio garantiza el artículo 104 C.

G. Comunidad educativa

El Reglamento regula la Comunidad Educativa, conjunto de profesores, padres, representantes y alumnos que se constituyen para ejercer el derecho a educar y a educarse.

F. Profesión docente

El título IV de la Ley y el REPD organizan el régimen del estatuto del profesor. La novedad más importante en esta materia es la constitucionalización de la carrera:

Artículo 104. La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación de méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica.

La docencia es una carrera de rango constitucional. Se crea así un régimen semejante al de los funcionarios públicos, garantía también de la estabilidad. De allí el renovado vigor de la LOE y el REPD, en sus exigencias de requisitos mínimos y concursos para el ingreso y ascenso, y la previsión de regímenes especiales de remuneración y otras circunstancias.

Ello se encuentra pormenorizadamente desarrollado en la LOE y en el REPD. En éste se establecen los deberes y derechos de los docentes (arts. 6 y 8), el sistema de escalafón (Cap. II) y sus categorías (art. 32). *Se reitera la nulidad de la nueva figura de los supervisores itinerantes*, por violar las disposiciones especiales de la carrera docente, ahora de rango constitucional. También se establece el régimen de concursos (Cap. IV), de las condiciones de trabajo (Título III) que incluye las remuneraciones, la estabilidad, las licencias y de los tratados.

I. Régimen disciplinario

El régimen disciplinario está previsto en el Título VII de la LOE. Allí se establece la tipología de las faltas y el procedimiento sancionatorio, desarrollados luego para los docentes en el Título IV del REPD.

El artículo 115 de la LOE incluye otro apoderamiento general, esta vez sancionatorio, en el sector de la educación privada:

Artículo 115: En la salvaguarda de los principios fundamentales de la nacionalidad y de la democracia consagrados en la Constitución, el Ministerio de Educación podrá clausurar o exigir la reorganización de los establecimientos privados en los cuales se atente contra ellos.

Los propietarios, directores o educadores que resulten responsables de tales hechos serán inhabilitados hasta por diez años para el ejercicio de cargos docentes o administrativos en cualquier tipo de plantel, lapso durante el cual no podrán fundar ni dirigir por sí ni por interpuestas personas ningún establecimiento educativo.

Claramente inconstitucional, de nuevo, al tratarse de una sanción sin tipo determinado, dejada al arbitrio del Ministerio de Educación. Viola el principio establecido en el artículo 49, ord. 6° de la Constitución.

Democracia, Descentralización y Participación Ciudadana

JOSÉ MENDOZA ANGULO*
Ex-Rector de la ULA

INTRODUCCIÓN

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA en los asuntos públicos, aquellos que trascienden los estrechos y, las más de las veces, egoístas límites del ámbito natural de actuación de las personas consideradas individualmente o en su núcleo familiar, es, en verdad, el acceso efectivo del ciudadano al ejercicio de la democracia. Así como hablamos de una justicia y de un sistema de administración de justicia concebidos teóricamente y legalmente para todos los habitantes de un país pero al que sin embargo solo tiene acceso una minoría de la población; puede decirse que la democracia es, hasta ahora y en la mayoría de los países, el sistema de gobierno que viene del pueblo, se ejerce en nombre del pueblo y para beneficio del pueblo pero al que, lamentablemente, tienen acceso muy pocos ciudadanos. Desde este punto de vista, la lucha por y el logro de una participación creciente de los ciudadanos en el funcionamiento de las diversas instancias y órganos del sistema político es una lucha por la realización plena de la democracia.

La hipótesis general del presente enfoque es que, por una parte, la legitimación del sistema democrático en nuestro tiempo, además de un origen legítimo y de ejecutorias que lo legitimen, depende de la medida en que se faciliten y amplíen las fronteras de la participación ciudadana en el manejo, seguimiento y control de los asuntos públicos y, por la otra,

* Universidad Central de Venezuela, Doctor en Derecho, Profesor. Universidad Montevideo, Profesor.

que la suerte del proceso de descentralización se juega, en buena medida, en la capacidad que tengan los entes descentralizados para asegurar a las organizaciones de la sociedad civil y a los individuos el sentimiento de ser agentes del progreso y del destino de las comunidades a las que pertenecen.

El proceso de descentralización política y la profundización de la democracia exigen, para su consolidación, una profunda toma de conciencia por parte de los habitantes, de los dirigentes y de las instituciones del país así como de los de cada Estado y Municipio. En el caso específico de Venezuela, si cada una de las porciones que hoy constituye uno de sus Estados o Municipios no logra convertirse, al mismo tiempo que se desconcentra el poder, en un proyecto político con fuerza y características propias, corremos el riesgo de hacer de la descentralización una ficción. Por "proyecto político" entendemos a una formulación coherente de proposiciones sobre los problemas socio-económicos de la colectividad, así como la manera de encararlos y, obviamente, sobre el futuro del Estado y los Municipios que lo componen. Es la forma de concretar el resultado de reflexiones, sueños y esperanzas para un territorio y la población que lo ocupa, establecidos no como el capricho o la ocurrencia afortunada de un líder, sino como la culminación de un examen lógico de la realidad y del correspondiente proceso de participación de la comunidad en el que los ciudadanos hayan enjuiciado la situación de su entorno y expresado sus anhelos para el porvenir. En definitiva, se trata de establecer un proyecto de comunidad con valores respetados y queridos por sus moradores, definidos y contruidos por ellos mismos, capaces de ser la guía tanto de la acción de los poderes públicos estatales y locales como de las iniciativas de los particulares.

Un Estado o un Municipio que sean un artificio político o un capricho de la geografía pero que carezcan de viabilidad económica, no pueden subsistir sino como parásitos del presupuesto nacional o estatal. La dependencia administrativa externa de cualquier entidad político-territorial, no solo anula en la práctica lo que la descentralización ha pretendido lograr en beneficio de ellas, sino que contribuye a profundizar el desaliento de la gente en la democracia y en sus posibilidades como fórmula ideal para hacer que las colectividades avancen, armónicamente, hacia estadios de progreso y de bienestar material y espiritual.

Para romper con el contrasentido de unos procesos electorales en los cuales los electores se abstienen más en las elecciones estatales y locales que en las nacionales, hay que inducir que el ejercicio del poder y de la administración pública en los Estados y Municipios deje de ser una fórmula abstracta, distante y sin contenido. El ciudadano tiene que sen-

tir que cuando elige a una Junta Parroquial, a un Alcalde, a un Concejo Municipal, a un Gobernador o a un Consejo Legislativo Estatal, no solo está escogiendo a un partido político o a un grupo electoral sino a personas con capacidad para atender la superación de los problemas en el ámbito territorial dentro del cual ejercen sus funciones. Deben saber además, y sentir, cuál será la dirección que aquellos tomarán una vez electos y cuál el resultado que deben esperar, con el tiempo, de la aplicación de los recursos a determinados planes y programas, entre otras razones porque han tenido -o deberían haber tenido- algún grado de participación en el diseño y articulación de los mismos. La falta de continuidad administrativa, que es el más grande despilfarro de recursos y de tiempo en que pueden incurrir los gobernantes, tiene su explicación en la falta de planes y en la ausencia de participación ciudadana en los asuntos públicos. El vacío, en este caso, lo llena el funcionario que cree que el mundo comienza y termina con él, que considera que todo lo pasado ha sido inútil y que piensa que el futuro sólo se asegura si sus ideas y caprichos son cumplidos. Después de todo, la dimensión territorial de nuestras entidades federales y municipales y el número de personas que en ellas habitan, son magnitudes manejables sin mayor complicación. En cualquier Estado de Venezuela y, con seguridad, en cualquier Municipio (salvo el caso de un grupo reducido de entidades), quienes en ellos vivimos nos conocemos, sabemos lo que necesitamos y no es muy difícil ponernos de acuerdo sobre iniciativas de interés general, si existe la voluntad política así como la comprensión de las limitaciones y posibilidades para intentarlo.

Por esta razón creemos de utilidad explorar el ámbito conceptual de la participación ciudadana, sus potencialidades en el proceso de descentralización y los obstáculos que pueden frustrarla. Ese es el orden que seguiremos en estas breves reflexiones y comentarios.

I. LOS ÁMBITOS DE LA PARTICIPACIÓN. EL MARCO CONCEPTUAL.

I. I. Globalización y localización.

Los últimos veinticinco años del siglo XX y el que va del siglo XXI han sido el marco temporal de un extraordinario proceso político, económico, administrativo, legal, etc. de carácter mundial que ha adoptado casi en todas partes una forma aparentemente contradictoria. De una parte, la globalización o mundialización de las economías que, apoyada en la eliminación de las barreras proteccionistas entorpecedoras de la libre expansión de los mercados y en un impresionante "boom" de innovacio-

nes tecnológicas, ha terminado por inducir cambios que conciernen a las realidades políticas de las naciones y de los Estados Nacionales. De la otra, un movimiento hacia lo local en el que el horizonte económico se reduce y se estrecha y sobre el cual gravitan barreras invisibles establecidas por identidades que conectan a unos hombres con otros, sin intermediaciones. Es que en la pequeña escala de lo local terminan por prevalecer el apego a usos, costumbres y formas productivas simples que están más cerca, o al menos así se percibe, de lo tradicional. Entre estos extremos tiene lugar el rico y polifacético proceso que está definiendo en este entresiglos los límites de la acción humana en las diversas escalas de su actuación.

El portento de la revolución de las telecomunicaciones ha terminado por resolver esta aparente contradicción. Desde el hogar individual, la aldea, el barrio, el pequeño pueblo de provincia, o a partir de las sencillas organizaciones parroquiales y municipales, las comunicaciones ponen al alcance del hombre informaciones, adelantos tecnológicos y relaciones planetarias. Sin que muchas veces nos hayamos dado cuenta y casi creyendo que el refugio familiar nos protege de los "peligros" del mundo, por las mismas ventanas por las que entran el aire y la luz que nos dan vida, penetra también la realidad de lo que ocurre en todo el orbe. Por consiguiente, es la noción de esa "aldea universal" de que habla Marshall McLuhan la que termina por resolver la aparente contradicción. No se trata de que se subsane por medio de las comunicaciones lo que alguien podría tener como un efecto indeseado de la dinámica social de todos los países de la tierra, sino más bien de tomar conciencia de que el aseguramiento del futuro pasa por la promoción conjunta y sincronizada de ese doble movimiento hacia lo global y lo local.

Como con acierto lo dice Sergio Boisier, "la globalización es un proceso multifacético que tiene características shumpeterianas simultáneas de 'creación' y de 'destrucción'". Apoyada en innovaciones tecnológicas, como la microelectrónica, y en nuevas condiciones políticas como es el nuevo orden internacional finalmente consolidado después de la Guerra del Golfo, crea nuevas estructuras políticas en una escala supranacional, refuerza antiguas o nuevas estructuras a un nivel subnacional, modifica el "discurso" de la política económica en todos los países, aumenta la incertidumbre y la turbulencia, provoca, dialécticamente, en los individuos, el deseo de ser "universal" y la necesidad de ataduras e identidades "locales".

¹ "La geografía de la globalización: un único espacio y múltiples territorios" en: ANALES 1: DESAFIOS Y PERSPECTIVAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN. Caracas, CLAD, 1997: pp.27-28.

Hay países que al convertir este movimiento alterno en políticas de Estado, como es por ejemplo el caso de España, han logrado encontrar la salud perdida o la vitalidad quebrantada por desencuentros históricos, obteniendo, al mismo tiempo, un lugar en los procesos de integración que se están articulando en el mundo, un sentido coherente de lo nacional y una manera enriquecedora de reconocer los particularismos económicos, políticos y culturales que existen dentro de su territorio.

1.2. Descentralización y Municipalización.

Aunque en el dominio de la jerga política existe la tendencia a identificar lo "local" con lo "municipal", lo cierto es que la "localización" no es un sinónimo de "municipalización". Con todo y que el Municipio es, desde el punto de vista político, la organización germinal de los Estados modernos y así lo consagran buena parte de los textos constitucionales, la realidad termina por ser mucho más rica que el contenido que son capaces de encerrar las normas y los esquemas teóricos para interpretarla.

En el caso específico de Venezuela pesa, además, una tradición de muchos años que el "impulso municipalizador" más reciente no ha logrado borrar. En efecto, hasta el momento en que existieron los "distritos" como los entes públicos en que se dividían los Estados, los Municipios que los integraban eran, en la ley y en la práctica, la base de la estructura política del país y la organización local por excelencia. Al desaparecer la "organización distrital" de los Estados y ser substituida por la "organización municipal", los antiguos Municipios se convirtieron en Parroquias que, de esta manera, pasaron a ser las estructuras locales del sistema político venezolano. Por otra parte, la cuestión tiene que ver también con la dimensión geográfica, el peso poblacional de los Municipios y la relación existente entre la administración local o municipal y el tamaño de la población del Municipio o de la Parroquia².

De la misma forma y casi por las mismas razones, la municipalización no es la descentralización, aún cuando este movimiento pueda encerrar a aquel. No son procesos idénticos pero apuntan en la misma dirección. Y debe tomarse conciencia de esta circunstancia para impedir que prospere la idea de que el desarrollo y fortalecimiento del Municipio y de las instituciones municipales representa un peligro o una negación del proceso de descentralización que, al menos en Venezuela, ha sido concebi-

² Para mayor ilustración Cf. Andrew Nickson: "¿Hacia dónde se dirige el gobierno local en América Latina?: una perspectiva comparativa", en ANALES 1: DESAFIOS Y PERSPECTIVAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN. Caracas, CLAD, 1997: pp. 11-25.

do básicamente en función de los Estados. Los Gobernadores de Estado en Venezuela recelan, por una incorrecta visión del problema, la fuerza e importancia que pueden llegar a tener los Alcaldes, al igual que estos desconfían y se comportan cicateramente frente a las Juntas Parroquiales³. Las visiones parciales pueden terminar asfixiando la obligada comprensión totalizadora del proceso, única garantía de su éxito y perdurabilidad.

1.3. La región y lo regional.

Desde el punto de vista científico, el concepto de región es más preciso que el de Estado, Departamento o Provincia. Mientras que la noción de región tiene sólidos fundamentos en la geografía, la economía, la antropología y la sociología; el ámbito del Estado, además del indudable anclaje histórico, tiene su explicación en circunstancias de índole prevalentemente políticas. A la hora de determinar los límites de los Estados y de la Provincias, tanto en la época colonial como en el período republicano tuvieron mucho que ver conveniencias administrativas, intereses personales o la extensión del dominio de caudillos regionales.

Nos parece que este enfoque de la cuestión es interesante tenerlo presente porque se hace un uso equívoco de los vocablos región y regional. Las más de las veces se las toma como expresiones equivalentes a formas de organización político-territorial convencionales. No solo se habla de organismos internacionales regionales (la Comunidad Económica Europea, el Pacto Andino, MERCOSUR, etc.) sino, por ejemplo, en el caso de Venezuela, se ha hecho habitual en el lenguaje político confundir Estado y Región.

Ahora bien, lo cierto es que las fuerzas culturales que subyacen en el concepto de región van imponiendo también su gravitación histórica. No hay que olvidar que, por ejemplo en nuestro país, en la época en que la región y los regionalismos eran realidades que se integraban en la unidad de una Venezuela que todavía no tenía vías de comunicación y en la cual las distintas zonas del territorio no tenían una articulación física o económica, los venezolanos nos identificábamos como "centrales", "andinos", "llaneros", "orientales", "guayaneses" o "maracuchos", nociones altamente cohesionadoras desde el punto de vista cultural, facilitadoras de una identidad que ayudó a preservar la integridad territorial y la so-

³ Cf. "Foro Universitario: La crisis del Modelo Centralista de Estado" en *PROVINCIA*, Mérida, ULA, 1997, Primer Trimestre, Nos. 3 y 4: pp.6-10.

beranía nacional. No se trata de substituir al Estado por la Región. Ambas realidades pueden coexistir perfectamente. En la mayoría de los casos el ámbito regional es mayor que el de los Estados, por tanto lo que hay es que encontrar mecanismos capaces de facilitar salidas a los puntos de estrangulamiento que pueden llegar a presentarse en el proceso de descentralización.

Desde la óptica de lo local, lo municipal, lo estatal y lo regional, entendido en sus especificidades, es mucho más fácil arribar al descubrimiento de las claves de la participación ciudadana en los asuntos públicos, frente a lo nacional o supranacional que actúan más bien como factores de restricción o de inhibición de la participación de los individuos.

2. LAS FORMAS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LOS ESPACIOS PARA SU DESARROLLO.

La descentralización requiere, para hacerse una realidad irreversible, de la participación más decidida y entusiasta de las comunidades organizadas. Afortunadamente, los entes descentralizados ofrecen una más variada gama de opciones para la participación ciudadana que aquellos de rango nacional o internacional. El tamaño del ámbito de la actuación cotidiana de los hombres induce o inhibe su participación, más allá del dominio privado o individual, según que sea más pequeño o más grande. Lo local, lo municipal, lo estatal y lo regional parecieran estar diseñados a la escala de los seres humanos.

Por otra parte, en el caso de Venezuela, la descentralización aparece como el eslabón entre el cierre de un ciclo histórico y el comienzo de otro. Son demasiado ostensibles los signos que muestran que el modelo de democracia de partidos inaugurado el 18 de octubre de 1945 se agotó y mientras se perfila el modelo que habrá de reemplazarlo, la descentralización ha aparecido como la salida lógica, como la continuidad de procesos que se habían venido preparando en la realidad, muchas veces a contrapelo de la voluntad de los factores sociales y políticos dominantes y que poco a poco han sido formalmente asumidos en decisiones políticas, en leyes y en actos administrativos, aún cuando muchos de ellos luego se conviertan en letra muerta.

Venezuela ha experimentado en el transcurso de los últimos setenta años un intenso proceso de urbanización. Se ha producido durante ese tiempo una verdadera mudanza del campo a la ciudad y, junto a ese fenómeno, ha tenido lugar la mejora sensible de los sistemas de comunicación y de entrelazamiento de las distintas regiones del país, la expansión del sistema educativo que provocó un poco por todas partes la presencia de

una masa crítica de recursos humanos con un buen nivel de instrucción, con lo que la sociedad, en general, experimentó notables avances en la comprensión de su papel dentro del sistema político, en sus expresiones organizativas y en la valoración que tiene de esas organizaciones. Esos factores dieron como resultado el establecimiento de condiciones para la implantación de una vida municipal más vigorosa, avances en algunos esfuerzos descentralizadores y desconcentradores que prepararon el terreno para el movimiento que hoy tiene lugar (por ejemplo, la regionalización administrativa, la creación de polos de crecimiento como Guayana o el Zulia, y la autonomía universitaria entre otros) y manifestaciones relevantes en el dominio de la privatización de servicios (salud, educación, correos, policía, etc.). Todos estos antecedentes permiten explicar la reacción forzada de la clase política nacional que, finalmente, en 1989 dió el gran paso de crear el marco legal de la descentralización.

Ahora bien, la descentralización requiere de un nuevo liderazgo para cumplirse a cabalidad. Afortunadamente, tal vez no haya mejor ambiente que el que crea la propia puesta en marcha del proceso para ver aparecer ese liderazgo emergente, con características completamente diferentes de las de la vieja conducción. La nueva dirección social debe ejercer, en primer lugar, un "liderazgo natural", es decir, producto del respeto social por la trayectoria vital del líder (honorabilidad, honradez, hombre o mujer de trabajo, preocupado por los problemas de la colectividad, con sentido del equilibrio y de la tolerancia); en segundo lugar, debe tener la capacidad para la formulación de proyectos, planes y programas técnicamente concebidos, que partan de una evaluación de la realidad y que, por su coherencia y fuerza interior, sean capaces de lograr la adhesión de la colectividad, y, finalmente, debe ser capaz de establecer una relación de tipo nuevo con los dirigidos, vale decir, con sentido autocrítico y sin que su influencia dependa del logro de favores individuales o de algún tipo de recompensa personal a expensas del Estado. En el nuevo tipo de relación se está buscando, al menos por parte de la comunidad, mayor participación suya, más transparencia, un diálogo en lugar de un monólogo y el rescate de ciertos valores como, por ejemplo, el respeto recíproco, decir la verdad en todo momento, etc. En una sociedad más educada y mejor informada, los viejos atributos del líder (fé en sus decisiones más o menos sobrenaturales, en su sabiduría a toda prueba, en su infalibilidad, etc.) están cuestionados.

Es este conjunto de condiciones lo que puede revertir la tendencia a que se observe menos interés regional o municipal por la forma de participación por antonomasia que es el voto. Y es lo que puede permitir que otras formas de participación ciudadana adquieran el rango que están llama-

das a tener. Las prácticas referendarias, la organización vecinal y la riqueza de formas de esta época que bien pudiéramos llamar de las "ONG"; el control de la gestión pública y la intervención cotidiana de la ciudadanía en los asuntos políticos, administrativos o de planificación, podrían convertir el proceso de descentralización en el laboratorio de la nueva democracia que todavía un poco a tientas andamos buscando. Habría, por supuesto, que privilegiar o priorizar los espacios para el desarrollo de la participación ciudadana y nos parece que, además de la política, las áreas de la salud, la educación, la seguridad, la justicia (especialmente en su versión de la justicia de paz), los servicios de agua potable, el manejo de los desechos sólidos y la vivienda social, deberían ocupar los primeros rangos a la hora de crear condiciones para la intervención social e individual en los asuntos públicos.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

La Constitución de la República de 1961 consagraba un marco precario para la participación directa de los ciudadanos en la vida pública. Pese a ser el texto constitucional de más larga vigencia en la historia nacional y el que se elaboró poniendo todo el cuidado de que fuese un conjunto de normas flexibles y aptas para servir de soporte al experimento político de la democracia, en el ambiente intelectual dentro del cual se redactó prevalecieron las ideas tradicionales sobre las formas de participación de la sociedad organizada en las cuestiones de gobierno. El voto es, para esa Constitución, la forma natural de participación y cualquier desarrollo de esa idea básica fue remitida a la ley.

Algunos analistas de la Constitución de 1961 al hablar de otros mecanismos de participación que se encuentran en su texto los han llamado "espejismos representativos" para referirse al contenido de los artículos 109, 165 y 246 que trataban, respectivamente, de la posibilidad de establecer cuerpos consultivos para oír la opinión de los distintos sectores sociales; la iniciativa popular de las leyes y el referendo en caso de reforma de la Constitución⁴. Hay otros comentaristas que piensan que la base constitucional de la participación social en Venezuela en la Constitución del 61 es más amplia y que la misma está prevista, además de las disposiciones señaladas antes, en los artículos 66, 67, 70, 71, 72 y 115 que hablan de la libertad de expresión, del derecho de presentar o dirigir peticio-

⁴ Cf. Julio César Fernández Toro: "De la democracia insuficiente a la democracia plena" en: UNA CONSTITUCION PARA EL CIUDADANO. Caracas, COPRE, 1994: pp. 117-118.

nes, del derecho de asociación con fines lícitos, del derecho de reunión, de la protección de las asociaciones para la realización de los fines de la persona humana y del derecho de manifestación⁵.

Lo cierto es que en la oportunidad en que el Congreso de la República tomó la determinación, en 1989, de revisar la Carta Fundamental de 1961, en vista de que se aproximaba el trigésimo aniversario de su promulgación y al calor de los acontecimientos políticos que aceleraron el pulso de la nación, a partir de ese año se adquirió la convicción de que la definición del sistema político venezolano era insuficiente en los términos del texto de 1961. Se adoptó entonces una fórmula en la que lo novedoso fue, precisamente, la incorporación de la participación de manera expresa. La redacción propuesta en lugar del texto del Artículo 3 de la Constitución derogada fue la siguiente:

"El Gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, **participativo**, responsable y alternativo"

Y como para que no quedaran dudas de la intención del legislador, en los debates que tuvieron lugar en las Cámaras, en el transcurso de 1992, se propuso modificar también el contenido del Artículo 4 de la anterior Constitución, de manera que quedara explícito que "la soberanía popular se ejerce **directamente** en la forma prevista en esta Constitución y en las leyes, e indirectamente, mediante el sufragio por los órganos del Poder Público"⁶.

En la misma onda del frustrado proyecto de reforma de la Constitución de 1992, aunque a fuerza de empujones, el Congreso, a fines de 1997 sancionó la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio que pasó a denominarse "Ley Orgánica de Elecciones y Participación Política". En este texto se dan pasos de avance hacia la ampliación de la participación en dos direcciones: la búsqueda, aún inacabada, de un mecanismo de personalización creciente del voto que haga el acto del sufragio más individual, más consciente, más responsable y más independiente; y la consagración del sistema referendario consultivo de tal manera que mediante decisión del Congreso de la República, del Presidente en Consejo de Ministros, o

⁵ Cf. Adela Abbo de Calvani: LAS BASES DE LA PARTICIPACION SOCIAL EN VENEZUELA (Vol. I). Caracas, Centro de Promoción del hombre (Prohombre), 1986: pp. 21 y sigs.

⁶ Cf. Humberto Njaim: "Participación y referéndum: política y derecho comparados en los casos de Venezuela, Colombia, España e Italia, en: EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO (Vol. I). Caracas, COPRE (conjuntamente con Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA y Asociación Venezolana de Derecho Constitucional), 1996: p. 160.

a solicitud de un número de electores pueda someterse a referéndum de cuerpo electoral decisiones de especial trascendencia nacional⁷. Me ubiqué, muy a mi pesar, entre los que no se hicieron muchas ilusiones sobre las resultas de la reforma electoral. En los últimos tiempos se ha hecho costumbre en el país reformar la ley electoral antes o después de los diversos procesos comiciales y, en el caso de marras, muy pronto comenzaron a oírse quejas de las manipulaciones partidistas para escamotear legítimas esperanzas de democratización del sistema electoral venezolano. En todo caso, registramos el hecho de que la clase política venezolana, más por las presiones que de grado, como ha ocurrido en otros dominios, se vio obligada a abrir una ventana a los planteamientos sociales que procuran una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos que tienen que ver con el destino de la nación y de la democracia.

Y en otro proyecto, ya sancionado y promulgado, el "Código Orgánico Procesal Penal", inscrito en el conjunto de iniciativas propiciadas por la convicción de reformar el sistema de administración de justicia venezolano, se abrió, como en otros países, una puerta para la participación ciudadana. "En este sentido el legislador venezolano, incorporó aspectos del denominado "escabinado", modelo adoptado por las más influyentes naciones europeas, entre ellas Alemania y que se caracteriza por la integración del Tribunal con jueces populares o legos electos por la comunidad, conjuntamente con jueces profesionales..."⁸.

En la "Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público", promulgada en diciembre de 1989 y que es la llave legal que abrió el proceso de descentralización en el país, se estableció en el artículo 25 que "en cada Entidad Federal se creará un Comité de Planificación y Coordinación presidido por el Gobernador e integrado por su tren ejecutivo estatal, los Alcaldes y por los jefes de las oficinas nacionales y organismos regionales con jurisdicción en el Estado a fin de garantizar la necesaria coordinación, planificación, evaluación y control de los programas y acciones que se ejecuten en la Entidad Federal" y, en su único aparte, consagra que "el Gobernador dictará el reglamento de dicho comité y podrá organizar su funcionamiento inter-

⁷ Cf. a) Orlando Contreras Pulido: "Elecciones y Participación Política", en: PROVINCIA, Mérida (Venezuela), 1997, Primer Trimestre, Nos. 3 y 4, pp. 18 y 19 y b) Luis Enrique Useche Díaz: "El régimen electoral local. Los partidos políticos y la descentralización como alternativa", en: PROVINCIA, Mérida (Venezuela), 1997, Primer Trimestre, Nos. 3 y 4, pp. 30-37, y c) Proyecto de Ley Orgánica de Elecciones y Participación Política.

⁸ Magaly Vásquez G. y Jesús María Manzaneda Mejía: EL NUEVO PROCESO PENAL VENEZOLANO. Caracas, COPRE, 1996: pp. 39-40.

no por materias o ramas de actividad, como también podrá establecer la participación en el Comité de los Parlamentarios Nacionales y de los sectores económicos, sociales, laborales y culturales de la comunidad" (Subrayado nuestro). A decir verdad, este mecanismo de participación, gracias en parte a la redacción ambigua que combina el mandato de establecer un organismo estatal de planificación y coordinación con la potestad otorgada al Gobernador de integrarlo o no con representantes de la comunidad, ha hecho de esa posibilidad letra muerta, a pesar del reclamo que muchas personas hemos interpuesto para que se convierta en lo que pudiera llegar a ser una de las más interesantes experiencias de la descentralización. Sobre todo, porque de acuerdo al contenido del Artículo 26 de la misma ley, "el Gobernador del Estado dirigirá a través del Comité de Planificación y Coordinación el proceso de elaboración del Plan de Desarrollo del Estado, del Plan Operativo Anual y del Presupuesto Anual, estableciendo la debida coherencia y coordinación con los planes correspondientes a nivel nacional".

Lástima que hasta ahora esta posibilidad se haya perdido en los vericuetos de las manipulaciones partidistas o encerrada en la caja negra en la que los gobernadores guardan cualquier iniciativa que en su subjetiva opinión ponga en duda o arriesgue su posición de prima donna en los territorios que gobiernan.

Un capítulo complementario de esta ley lo representa el conjunto de decretos reglamentarios de la misma, dictados en el transcurso de 1993 durante el gobierno de transición presidido por el Dr. Ramón J. Velázquez, bajo la dirección del Dr. Allan Brewer Carías, a la sazón designado Ministro de Estado para la Descentralización. En particular, el decreto Número 3.085 que establece el "Reglamento parcial Número 2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público sobre los mecanismos institucionales para la descentralización de la administración pública" pauta en su artículo 11 que "los Organismos Regionales de Planificación y Desarrollo, en el marco de la descentralización deberán: ... 5) Dar apoyo a la sociedad civil para su incorporación y participación en el proceso de descentralización"⁹ y el Decreto Número 3184¹⁰ que estatuye el "Reglamento Parcial de la Ley de Protección al Consumidor y de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público sobre encomienda a los Gobernadores de Estado y sobre delegación a los gobiernos municipales de las atribuciones de fiscalización y control

⁹ Cf. República de Venezuela, Gaceta Oficial No. 35268 del 05/08/1993.

¹⁰ Dictado el 07 de octubre de 1993.

del alza indebida de precios y protección a los consumidores" estipula normas para apoyar a las Asociaciones de Consumidores mediante el desarrollo de programas educativos, de orientación, de información y de asesoramiento para que puedan actuar con eficacia como auxiliares de la policía de precios.

Venezuela cuenta desde 1993 con una "Ley Orgánica de Justicia de Paz" que debió sufrir, como muchas otras leyes de importancia sancionadas en los últimos tiempos, una reforma en 1994, antes de su entrada en vigencia. A este texto se llegó por esos extraños vericuetos a que nos tiene acostumbrados la clase política de nuestro país, más afanosa de actualidad por efectismo que por convicción, en medio de la lluvia de críticas que no cesa sobre el sistema de administración de justicia nacional. En un esfuerzo maratónico del Parlamento que estaba a punto de concluir su período constitucional, se logró imponer, casi por sorpresa, la justicia de paz en una ley que reúne estupendas características. Entre esos rasgos merecen ser destacados el de ser el primer acto de descentralización del Poder Nacional hacia el Municipio y el de representar, al menos en teoría, la posibilidad de una magnífica oportunidad para la práctica cotidiana de la participación, aparte de tener la potencialidad de convertirse en una contribución señera a la reforma de la administración de justicia desde una óptica diferente a la de las propuestas tradicionales.

En efecto, la Ley Orgánica de Justicia de Paz es, de hecho y aún cuando ese no haya sido su propósito, un instrumento de fortalecimiento del poder local. Primero, porque en su origen es una justicia de la comunidad (el juez de paz es elegido por los vecinos); lo es en su funcionamiento (pues la comunidad está obligada a cooperar con el juez de paz en el desempeño de sus funciones), y en el control de su administración (la comunidad tiene la facultad de revocar el mandato del juez de paz dentro de las condiciones establecidas en la ley). En segundo lugar, porque la ley consagra la municipalización de esta forma de administrar justicia, pues más que una "materia", un "servicio" o una "competencia", ella ha transferido al Municipio parte de una "función" hasta entonces reservada al Poder Nacional en exclusividad. En tercer lugar, la Ley Orgánica de Justicia de Paz pauta la municipalización del sistema electoral venezolano pues ya no será el Consejo Nacional Electoral el organismo que regirá la elección del juez de paz sino el Concejo Municipal de cada Municipio mediante ordenanza dictada al efecto.

Desde otro punto de vista, la Ley Orgánica de Justicia de Paz constituye un marco destacado para el repensamiento y reconstitución de nuestra democracia, objetivo que solo es posible si hacemos de los Municipios, de verdad y no en el papel, las células germinales de la democracia, vale

decir, la personificación del poder más cercana a los ciudadanos. En esta dirección, la justicia de paz representa una forma de educación social (comunitaria) para vivir en un Estado de derecho y la ley que ha creado la institución, junto con la Ley Orgánica de Régimen Municipal permiten prefigurar, en cada Municipio y en pequeño, a los Poderes Públicos Nacionales. Ahora existe o puede llegar a perfilarse en cualquier Municipio un Poder Ejecutivo (el Alcalde), un Poder Legislativo o deliberativo y de control (el Concejo Municipal) y un Poder Judicial (el Juez de Paz). Todo esto, considerado en conjunto, revela que la Ley Orgánica de Justicia de Paz puede ser en la práctica un poderoso inductor de cambios, si somos capaces de imaginar una perspectiva temporal de mediano y largo plazo.

Hay que admitir, sin embargo, que hasta ahora, en más de ocho años de vigencia que tiene la Ley Orgánica de Justicia de Paz, el desinterés de los Alcaldes y de los Concejos Municipales por llevarla a la práctica ha sido patente, salvo contadas excepciones. Debe convenirse en que algún grado de responsabilidad en ese resultado tienen las comunidades que por ignorancia o desinterés han sido espectadores de piedra frente a la vigencia de la ley.

Ahora bien, donde en nuestra opinión se encuentra un potencial, todavía inexplorado, para establecer sólidas bases a la participación cotidiana en los asuntos del gobierno de la sociedad, es en lo que genéricamente pudiéramos llamar la capacidad legislativa o de regulación de los Estados y de los Municipios. Estamos hablando de las posibilidades de desarrollo que dan, por una parte la Ley Orgánica de Régimen Municipal y, por la otra, la facultad constitucional dada a cada Estado de dictar su propia constitución así como dictar el conjunto de leyes que permitirán la organización de los poderes públicos estatales y, a los Municipios, el poder de regular la vida municipal mediante ordenanzas.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal estipula, de manera general, que las entidades locales se regirán por la Constitución de la República, por las previsiones que la misma ley consagra, por las leyes que dicten las Asambleas Legislativas (hoy Consejos Legislativos Estadales) y por lo establecido en las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales¹¹. Aparte de disposiciones varias en su texto, el Título X tutela específicamente lo concerniente a la participación de la comunidad. Allí encontramos ratificada en primer lugar, la forma de participación por antonomasia, la de elegir y ser elegido, pero, además un conjunto de dispo-

¹¹ Cf. Venezuela, Ley Orgánica de Régimen Municipal, Título II, Capítulo I, Art. 14.

siciones que ofrecen las más grandes posibilidades a la participación de los ciudadanos como la obligación de suministrar información a la ciudadanía, el reconocimiento del acceso de las personas a los archivos y registros municipales, el derecho de participar bajo ciertas reglas en las reuniones de los Concejos Municipales, el derecho de obtener respuesta, el derecho a organizarse vecinalmente, el derecho de presentar proyectos de ordenanzas sobre las más diversas materias de la vida municipal. Por supuesto, está establecido el referéndum consultivo sobre las ordenanzas que el Municipio adopte, salvo excepciones, y existe el referéndum revocatorio del mandato del Alcalde, aún cuando los ciudadanos no tienen la iniciativa legal para provocarlo. Sin embargo es de lo más amplia la posibilidad para los vecinos de integrar las comisiones permanentes de los cabildos y de participar en las importantísimas tareas de inspección de los servicios municipales.

En cuanto se refiere a las facultades legislativas de los Estados, puede decirse que desde 1990 se inició en casi todas las Asambleas Legislativas de las entidades federales un movimiento destinado a renovar las Constituciones de los Estados a la luz de las leyes que habían dado inicio al proceso de descentralización. Con diferencias marcadas por las motivaciones políticas de los gobiernos estatales de diversos signos surgidos en las elecciones de 1989; por la calidad de las asesorías especializadas requeridas por los Parlamentos y Gobiernos Estadales, y por el grado de influencia derivado de los trabajos de revisión de la Constitución de la República iniciados en 1989; en las exposiciones de motivo, en los proyectos y en los textos constitucionales finalmente adoptados por los Estados, se encuentra un rico material que no hace sino mostrar el potencial que existe en las entidades federales y municipales para impulsar y profundizar el proceso de participación ciudadana en la renovación democrática del país. En contrapartida, aún cuando ello no es responsabilidad de la descentralización, tendríamos que señalar que en los Estados y Municipios se están refugiando muchas de las prácticas malsanas que el viejo partidismo experimentó durante muchos años a nivel central. Y a pesar de que en la esfera del Poder Nacional esas prácticas están siendo enfrentadas con diferente suerte y que la dinámica política les tiene reservada su muerte a plazo, la mañosería de una acción política sin vuelo ni imaginación intenta levantar barreras artificiales en las entidades federales y municipales para prolongar la existencia de un estilo de hacer política que ya no soporta más pruebas de la realidad ni merece más oportunidades por parte de la historia.

No obstante, de la revisión de algunos de esos textos¹² puede hacerse la siguiente enumeración de logros en el largo y dificultoso esfuerzo de ensanchar el camino para la participación ciudadana en los asuntos públicos:

- 1) Conferimiento de la condición de "participativo" en la definición del régimen político del Estado (Proyecto de Constitución del Estado Zulia; Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Carabobo; Proyecto de Constitución del Estado Aragua).
- 2) Consagración a favor de los ciudadanos del derecho político de participar en el Gobierno y en la dirección de los asuntos públicos del Estado, directamente o por medio de representantes efectivos (Proyectos de Constitución de los Estados Aragua y Bolívar).
- 3) Consagración de la "Consulta Popular" Democracia Participativa" o "Participación democrática" mediante el sistema de referendos (Constituciones de los Estados Mérida y Táchira; Proyectos de Reforma de las Constituciones de los Estados Carabobo y Aragua).
- 4) Establecimiento como competencia del Estado de "el fomento de la organización social del pueblo y la promoción de la participación de los ciudadanos en el proceso de formulación, toma y ejecución de las decisiones estatales (Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Bolívar).
- 5) El derecho de la sociedad civil organizada del Estado, por órgano de sus representantes y directivos, de participar con derecho a voz en las deliberaciones y sesiones de la Asamblea Legislativa (hoy Consejo Legislativo) y de sus Comisiones, conforme a la Ley (Constitución del Estado Mérida) o mediante la designación de representantes permanentes de las organizaciones de trabajadores, de empresarios, de colegios profesionales, de las universidades e instituciones de educación superior y de los Municipios (Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Mérida).
- 6) La potestad de la Asamblea Legislativa (Consejo Legislativo) de adoptar normas y procedimientos que promuevan la descentralización, la desconcentración administrativa y la participación ciudadana y de las organizaciones vecinales en la vida política del Estado y en el proceso de

¹² Hemos tenido a la vista y consultado; a) Constitución del Estado Mérida, (1995); Proyecto de Constitución del Estado Zulia (1993); c) Constitución del Estado Carabobo (1991); d) Proyecto de Reforma General de la Constitución del Estado Carabobo (1994); e) Proyecto de Constitución del Estado Aragua (1994); f) Proyecto de Constitución del Estado Bolívar (1994); g) Constitución del Estado Táchira (1993).

formulación y ejecución de las decisiones estatales (Constitución del Estado Mérida y Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Bolívar).

7) Reconocimiento de la iniciativa popular en el proceso de formación de las leyes (Todas las Constituciones Estadales).

8) Otorgamiento de rango constitucional al Comité de Planificación y Coordinación del Estado, contemplado en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público (casi todas las Constituciones Estadales).

9) Imposición al Gobernador del deber de "promover la participación de las sociedades intermedias y de la comunidad en general, en la formulación y ejecución de las decisiones del Gobernador" (Constitución del Estado Mérida) o de "promover la participación de los grupos organizados de la comunidad y de los Municipios en la formulación, toma y ejecución de las decisiones de competencia estatal" (Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Bolívar).

10) Establecimiento del referéndum para evaluar la gestión del Gobernador y, eventualmente, revocar su mandato (Proyecto de Reforma de la Constitución del Estado Bolívar).

Por lo demás, puede decirse que las iniciativas en el campo de la participación no han cesado de producirse y a este respecto vale la pena subrayar, por ejemplo, que en el Estado Lara llegó a promulgarse una Ley de Participación Ciudadana.

Sobre la base de toda esta experiencia hay que inscribir el tratamiento dado a la participación ciudadana por la Constitución de 1999. El impulso constitucional dado a la participación ciudadana por la Asamblea Nacional Constituyente difícilmente se puede comprender si no se tiene en consideración el proceso de amplificación de la democracia venezolana dado en la década anterior a la promulgación de la vigente Constitución. Sin mezquindades hay que reconocer, aún cuando todavía sea una expresión sobre el papel, que la reformulación del sistema legal del país que debe ser cumplido por mandato de la nueva Constitución, encontrará en el texto de ésta una sólida base para potenciar todavía más la participación ciudadana en los asuntos públicos y en el destino de la democracia venezolana. Lo mismo puede decirse, con mucha más propiedad todavía, del inminente movimiento de revisión de las Constituciones de los Estados y de la legalidad municipal.

En una revisión ligera del texto constitucional actual encontramos, además del Preámbulo, por lo menos treinta (30) disposiciones que hacen

referencia directa a la cuestión de la participación ciudadana. Por una parte se conservan las formas tradicionales de la participación (concepto de soberanía (Artículo 5), el sufragio (Artículo 63), los derechos de asociación (Artículo 67), de manifestación (Artículo 68), etc ...) y, por la otra, se incorpora un vasto panorama de posibilidades que nos atrevemos a calificar de carácter programático. El gobierno de la República, además de democrático, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables, pasa a ser participativo (Artículo 6), como se quiso en la intentona de reforma del 92. Pero, además, se consagra como un derecho fundamental de los venezolanos el de participar libremente en los asuntos públicos (Artículo 62), se enuncian los "medios de participación y protagonismo del pueblo" en lo político, lo social y lo económico (Artículo 70), los diferentes tipos de referendos (nacional, estatal, municipal y parroquial -Artículo 71-, revocatorio -Artículo 72-; aprobatorio -Artículo 74-), así como la posibilidad de participación en la toma de decisiones sobre planificación, ejecución y control de la política de las instituciones públicas de salud (Artículo 84) o en el proceso de educación ciudadana (Artículo 102). En el mismo sentido, hay previsiones para la eventual participación de los trabajadores y de la comunidad en el desarrollo de asociaciones de carácter social como cooperativos, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas (Artículo 118); la participación de los pueblos indígenas en la demarcación y garantía de la propiedad colectiva de sus tierras (Artículo 119) y en los asuntos políticos (Artículo 125); o la participación de la sociedad en el cuidado y protección del ambiente (Artículo 127). Todo esto complementado con el deber ciudadano de participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país (Artículo 132).

En cuanto se refiere al Poder Público se establece que la administración pública, entre otros principios, se fundamenta en la participación ciudadana (Artículo 141) y que esta participación descansa, en buena medida, en el derecho de los ciudadanos a ser informados por la administración pública (Artículo 143). En el ámbito municipal se consagra la iniciativa vecinal o comunitaria en la creación de Parroquias y otras entidades locales (Artículo 173) así como la posibilidad de transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados de servicios prestados por Estados y Municipios (Artículo 184). Las posibilidades de participación que abre la vigente Constitución llegan hasta la eventual integración de representantes de la sociedad en el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano (Artículo 279), del Consejo Nacional Electoral (Artículo 295), y al hablar del régimen socio económico de Venezuela se habla de la "planificación estratégica democrática, participativa y de con-

sulta abierta" (Artículo 299). Obviamente, se consagra la iniciativa ciudadana en las enmiendas y reformas de la Constitución (Artículo 341) así como en la eventual convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (Artículo 347).

4. LOS OBSTÁCULOS A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN.

A pesar de todas las condiciones que de una u otra manera se han establecido para que la participación ciudadana se convierta poco a poco en la columna vertebral de la descentralización, lo cierto es que los resultados, hasta ahora, son menguados. En algunos casos por lamentables vacíos que no han sido llenados todavía. En la mayoría de las situaciones porque prevalecen las prácticas políticas del centralismo transferidas a las escalas estatal, municipal y local, con tanta fuerza que puede decirse que los fenómenos malsanos de aquel se han reproducido en pequeño.

Tal vez el vacío más lamentable es el que se refiere a las Parroquias. Por mandato de la ley, "las Parroquias son demarcaciones de carácter local, dentro del territorio de un Municipio, creadas con el objeto de descentralizar la administración municipal, promover la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos locales"¹³ y "serán entes auxiliares de los órganos de gobierno municipal y de participación local, a través de los cuales los vecinos colaborarán en la gestión de los asuntos comunitarios" (subrayados nuestros)¹⁴. Sin embargo, en lo que luce como una evidente contradicción dentro de la ley o cuando menos con un insuficiente desarrollo conceptual, resulta que "las Parroquias ejercerán las atribuciones que les sean delegadas por el órgano de gobierno municipal las cuales podrán tener carácter de gestión, consultivo y de evaluación. La delegación podrá hacerse para todas las Parroquias o sólo para algunas de ellas.." (subrayado nuestro)¹⁵. Resulta evidente que no hay proporción entre el mandato legal y la facultad discrecional que se otorga a los órganos del gobierno municipal para hacer de las Parroquias algo más que entelequias.

En Venezuela se ha producido una curiosa situación después de que se inició el movimiento de municipalización a raíz de la eliminación de los "distritos" como las entidades en que se dividían los Estados. Se ha mantenido la cristalización de los espacios político-territoriales de los veinte

¹³ *Ibidem*, Art. 32.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 34.

¹⁵ *Ibidem*, Art. 35.

Estados establecidos hace más de cien años,¹⁶ a pesar de que la urbanización del país así como la ocupación y desocupación de zonas destinadas a la actividad económica parecieran aconsejar un acoplamiento de las nuevas realidades con una división territorial diferente, pero dentro de los Estados se ha operado una gran movilidad de linderos. La hipótesis que parece prevalecer para explicar este doble comportamiento se emparenta con motivaciones de orden político más que con el resultado de serios estudios. Muchos Municipios y Parroquias de los surgidos con posterioridad a 1989 han nacido para alimentar el juego de la demagogia política, crear ilusiones en los pobladores de pequeñas circunscripciones y facilitar la clientelización de la función pública municipal por parte de los partidos y de quienes quieren iniciar una carrera política. También por conveniencias y cálculos, en el país ha faltado voluntad para evaluar si se justifica a estas alturas de nuestra historia una división político territorial como la que tenemos, con Estados desproporcionadamente extensos en algunos casos (Bolívar, Amazona, Zulia), formaciones metropolitanas con pertenencia a diversas entidades federales o municipales (Caracas con pertenencias al Distrito Federal y al Estado Miranda, Barcelona-Puerto La Cruz en el Estado Anzoátegui; Acarigua-Araure en el Estado Portuguesa; Caja Seca y Nueva Bolivia en los Estados Zulia y Mérida; San Cristóbal y Táriba en el Estado Táchira), o la germinación de dinamismos demográficos, económicos y de otra índole que desde hace tiempo están exigiendo un tratamiento que desafía el status (por ejemplo, las propuestas de que la Costa Oriental del Lago de Maracaibo, el Alto Apure, el Sur del Lago de Maracaibo deberían constituir nuevas entidades federales). La presencia de estos problemas perturba el más adecuado tratamiento de las cuestiones que interesan a la gente y, en particular, el relativo a la participación ciudadana.

En el mismo sentido, pesa mucho lo que pudiéramos llamar la "cultura política del centralismo". Sin exagerar puede decirse que el largo camino que siguió la cultura centralista en Venezuela encontró su primer abono en el fracaso de la Primera República y de la Constitución de inspiración norteamericana que se adoptó cuando el país nació a la vida independiente. En medio de los vaivenes del siglo XIX el proceso de centralización lo consolida la llegada de los andinos al poder y, sobre todo, la larga dictadura de Juan Vicente Gómez. Pero lo que pudiera sorprender es que la culminación de ese proceso, llevado hasta los más increíbles detalles, tiene lugar en los últimos cuarenta años de nuestra vida republicana, justo

¹⁶ Los tres últimos Estados nacidos en los años noventa y con los cuales se suman veintitrés, no fueron resultado de la revisión de límites y realidades de los Estados preexistentes, sino la transformación de territorios federales en Estados.

cuando se conformó la experiencia democrática venezolana. No solo las grandes decisiones políticas y económicas de la nación tienen que pasar por el centro del poder sino que las más importantes determinaciones que conciernen a los Estados y a los Municipios, deben someterse a las mismas pautas. Y la cuestión no se circunscribe a la esfera pública sino que comprende igualmente el dominio de la iniciativa privada.

En nuestro país, todavía hoy y después de doce años de vigencia de los instrumentos legales básicos de la descentralización, ningún aspirante a representar un Estado en la Asamblea Nacional, a las Gobernaciones o a las Alcaldías, a los Consejos Legislativos Estadales o a las funciones edilicias, adquiere forma si no recibe antes la confirmación de las direcciones nacionales de los partidos políticos o Jefe del Estado. Y los Gobernadores y Alcaldes en ejercicio, electos ya por el voto popular, a pesar del mejoramiento sensible de las finanzas públicas de las entidades federales y municipales, continúan en una permanente romería por ante las oficinas del Presidente de la República, los despachos ministeriales y el Palacio Legislativo Federal buscando la solución de problemas que deberían ser resueltos en cada Estado o Municipio. El Funcionamiento del modelo de democracia de partidos, tal y como operó desde el 18 de octubre de 1945 y que representó, en su momento, un amplísimo marco para el desarrollo de la democracia; terminó por establecer un sistema de amarras tan vasto sobre las más diversas manifestaciones de la vida política nacional, regional y municipal que ahogó la riqueza de formas de la participación ciudadana que podrían haber aparecido y que, de hecho, subyacen en los Estados y en los Municipios. Lo lamentable es que, a contrapelo de la letra de la nueva Constitución, los pro-hombres de la "Revolución Bolivariana", en la práctica, han consagrado un régimen más absorbente todavía de la participación ciudadana.

En la misma dirección actúa lo que se puede denominar la "cultura del petróleo", estudiada y caracterizada exhaustivamente por distinguidos analistas nacionales. Setenta y Cinco años de economía petrolera han terminado por imponer sobre el país un severo patrón productivo, un modelo de Estado y una manera de ser de los venezolanos que nos ha marcado indeleblemente. El gran poder del Estado centralista se consolidó gracias a ingentes recursos financieros aportados por la explotación de la riqueza petrolera y, junto con ese poder, la expansión del populismo y de las prácticas paternalistas oficiales. La riqueza fácil del petróleo ha imposibilitado la formación de una conciencia productiva entre los habitantes del país y ha establecido un tipo de relación entre el ciudadano y el Estado en virtud del cual estamos persuadidos de que frente al Tesoro Público sólo tenemos derechos. La base de la expansión de la corrupción y de las prácticas clientelares de los partidos se encuentran

en un tipo de sociedad y en un comportamiento político en los que se considera por parte de muchos funcionarios corrompidos que robar al erario nacional no es robar a nadie en particular y que se puede mantener una frondosa burocracia (vale decir los redivivos ejércitos de los señores feudales) si quien la paga no es el bolsillo de un líder sino las arcas del Estado. Ha calado tan profundamente en este sentido la cultura del petróleo que después de veinticuatro años seguidos de crisis económica y de momentos en que las circunstancias han obligado al Estado central y a los Municipios a hacernos pagar unos impuestos que hace apenas quince años eran completamente desconocidos para todos nosotros, no solamente no se ha producido una conmoción política y social en el país sino que a pesar de haber llegado la población venezolana a unos niveles de pobreza generalizada francamente inquietantes, los recursos provenientes de la industria petrolera permiten disfrazar los dramáticos momentos por los que atraviesa la República. Esto fue así, incluso, con la caída que experimentaran los precios del petróleo en 1998 y sigue siéndolo en la actualidad.

Finalmente, estimo que la adopción de la institución de la reelección inmediata de Gobernadores y de Alcaldes en la oportunidad de sancionar los instrumentos legales de la descentralización y que la nueva Constitución ha reforzado con creces pues extendió la duración de los mandatos del Presidente, de los Gobernadores y de los Alcaldes, han terminado conspirando contra cualquier esfuerzo que se haga para profundizar la participación ciudadana en los asuntos públicos. Consagrar constitucionalmente los períodos de cuatro años para el ejercicio de las funciones de Gobernadores y de Alcalde y, en contrapartida, establecer el derecho a la reelección en el periodo inmediato siguiente y la posibilidad de una nueva elección, con la eventual consecuencia de otra reelección inmediata, es el peor error en que pudo incurrir el legislador de 1989 y el Constituyente de 1999. A este respecto, no solo ignoramos las malas experiencias que los "segundos gobiernos" han dejado como herencia en nuestra vida republicana, sino que hicimos caso omiso de las dudas que embargaron a los redactores de la Constitución de 1961, los cuales creyeron resolver el problema de la reelección presidencial prohibiéndola en forma inmediata y permitiendo una nueva elección luego de transcurridos dos períodos constitucionales, es decir diez años, con lo cual calcularon que serían imposible en la práctica (por razones de edad y por otras causas) que algún Presidente democrático pudiera optar a un segundo período. A estas alturas tenemos la demostración con que no contábamos en 1989. Pero, además, sin darnos cuenta creamos las condiciones para que pudiera reproducirse la situación contra la cual más se advirtió en la discusión pública que precedió al proceso de descentrali-

zación, la posibilidad del resurgimiento del caudillismo estatal y del gamonalismo municipal. Con el tratamiento que se le dio a la reelección de Gobernadores y de Alcaldes, una vez que pase la ilusión -y en algunos casos el desvarío- de que el paso siguiente de un Gobernador electo es la Presidencia de la República, los efectos pueden ser los de consolidar un poder regional o local a base de cultivar una clientela al servicio personal con los recursos del Estado. Ya existen al lado de las clientelas nacionales, clientelas estatales y municipales, un subproducto que es el rostro opuesto de la participación, básicamente porque el cliente no participa, actúa según ordenes e instrucciones y crea una barrera infranqueable alrededor de los centros de decisión.

CONCLUSIÓN

En la hora de la descentralización, no basta con la convicción de importantes sectores nacionales a favor de este proceso para conseguir el propósito de desmontar la tupida red de intereses tejida alrededor del centralismo. Tampoco son suficientes la elaboración de una teoría política que repiense la democracia venezolana como una realidad que funcione armónicamente en todo el territorio nacional, ni la promulgación de leyes nacionales que sirvan de marco al proceso descentralizador. "Buscando solo desconcentrar y descentralizar en la esfera productiva y administrativa, se han agravado los problemas, de tal manera que, en la práctica las políticas de desarrollo regional solo han servido para subsidiar el desarrollo industrial capitalista. Debe, en verdad, desconcentrarse y descentralizarse, pero a la vez debe dársele a la comunidad humana que habita y trabaja en una región, significación política, presencia real en la toma de decisiones que atañen a la construcción de su propia historia"¹⁷. Para que la descentralización no pueda ser escamoteada desde Caracas es preciso que en cada Estado de la República surja y se desarrolle un movimiento social capaz de concientizar a la comunidad estatal acerca de las bondades del cambio y de facilitar que los más distintos sectores de la colectividad regional se incorporen a las luchas, a las miles de pequeñas batallas que todavía hay que librar para que el desmontaje del centralismo se convierta en una realidad irreversible, sin las deformaciones, desviaciones y vicios que vienen gangrenando a nuestra democracia.

Y para que la democracia se reconstituya y recupere su fuerza moral es necesario ensanchar su base de sustentación. El sistema de libertades

¹⁷ José Mendoza Angulo: "La fuerza del regionalismo" en PROYECTO PARA UNA CRISIS (CRITICA DE LA UNIVERSIDAD POPULISTA), Mérida, ULA, 1983.

públicas puede ser falsificado cuando un reducido grupo de personas adquiere la capacidad de decidir por las mayorías sin que estas conserven la posibilidad de someter a evaluación y, eventualmente corregir, las determinaciones que los representantes han tomado. Por estas razones, la descentralización y la participación ciudadana se convierten en dos poderosos impulsos en el proceso de reconstrucción de nuestra democracia. Como se comprenderá, por todo lo que hemos dicho, de lo que se trata es de substituir unos hábitos políticos por otros, unos valores sociales por otros, unas prácticas que han perdido su carga democrática por otras que la restituyan y, también, reemplazar los viejos agentes por nuevos protagonistas del acontecer social. Por eso insistimos que no es una cuestión de leyes, de teorías, de decretos o de discursos, aún cuando todo eso forme parte del comienzo. En realidad, es un laborioso proceso cultural que hay que comenzar a trájinar cuanto antes para que gobernantes y gobernadores podamos substituir en el camino lo malo de lo viejo por lo bueno de lo nuevo, síntesis que, en definitiva, representará a la nueva cultura política. Esta nueva cultura política supone, por un lado, la presencia al frente de los poderes públicos, en la dirección de los partidos y de las distintas expresiones organizadas de la sociedad civil, de líderes con un patrón de comportamiento diferente del que prevalece en la actualidad, alguien que se reconozca y que pueda ser reconocido como un servidor de la comunidad y no como un zángano social; y por el otro, unos ciudadanos que seamos menos conformistas, más vigilantes de nuestros derechos y mucho más autónomos en nuestras determinaciones.

Los recursos administrativos y la vía administrativa como garantía del administrado

HADEL JOSÉ MOSTAFÁ PAOLINI*

LA DISCUSIÓN sobre la obligatoriedad o no del agotamiento de la vía administrativa a través del ejercicio de los recursos administrativos, es de vieja data tanto en Venezuela como en la doctrina extranjera.

Así, en otros ordenamientos jurídicos más desarrollados donde la función del Estado está vista de una manera más clara a través de los principios de celeridad, responsabilidad, eficacia y efectividad, como en Alemania, Francia e Italia, ha privado la tendencia a consagrar la vía administrativa como facultativa u opcional para el administrado, imponiendo su obligatoriedad en ciertos casos expresamente previstos, bien por vía legal o jurisprudencial.

Del mismo modo, en el ordenamiento jurídico español se ha discutido la efectividad real de la vía administrativa, realizándose un estudio concatenado entre los postulados constitucionales y las sucesivas reformas a la ley regulatoria de la vía de impugnación de los actos de la Administración, como es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya última reforma se produjo en enero de 1999, siendo su antecedente la dictada en 1992.

El Tribunal Constitucional Español ha señalado en cuanto a la interpretación de los dispositivos normativos que regulan los requisitos formales para el acceso a los recursos, lo siguiente: «El acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo una de sus vertientes, sin que se agote el contenido de ese derecho en el acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada» (sentencia del T.C. 46/1989).

* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Magistrado. Universidad de Carabobo, Profesor Titular Jubilado.

Así consideró el referido Tribunal que las exigencias formales establecidas en las leyes en materia de demandas o recursos no pueden, en principio, considerarse contrarias al artículo 24.1. de la C.E.

De tal manera que los recursos administrativos —incluso en sistemas judiciales no tan congestionados como el nuestro— han sido considerados como una garantía para el particular, constituyendo además un medio alternativo de resolución de conflicto, que permite tanto a la Administración como al administrado la posibilidad de obtener una decisión rápida sin la necesidad de acudir a la vía contenciosa.

En el caso venezolano, las Leyes Orgánicas tanto de la Corte Suprema de Justicia (interpretación a contrario del artículo 124, ordinal segundo) como la de Procedimientos Administrativos (artículo 92), consagran como regla general el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la vía judicial, agotamiento que se produce por la resolución de los correspondientes recursos administrativos, o mediante la figura del silencio administrativo negativo.

La situación venezolana revela como conclusión preliminar, que la legislación vigente mantiene la preceptividad de la vía administrativa como mecanismo previo al acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.

En el marco conceptual anterior, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2001, caso: Maribel Mercedes López Laya y María Josefina Solano García, en su condición de administradoras de la «Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández», contra la Dirección de Coordinación Zonal del Ministerio de Educación y la Viceministro de Asuntos Educativos del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

En la sentencia se analizó lo relativo al agotamiento de la vía administrativa, con motivo de las distintas concepciones que han surgido en cuanto a este tema con la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se determinó la razón de ser de los recursos administrativos, como paso previo a la vía jurisdiccional, concluyéndose en que los recursos en sede administrativa están concebidos como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares y no como una carga al administrado.

Se explicó que la razón fundamental por la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado negativo el ejercicio obligatorio de los recursos administrativos, deriva del hecho de que los funcionarios públicos han asumido una conducta irresponsable en la resolución de los mismos, la cual, lejos de enfrentar objetiva, imparcial y eficazmente el pro-

pósito del recurso, ha desvirtuado la verdadera naturaleza del agotamiento de la vía administrativa. En efecto, en dicha sentencia se expresó que:

...el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos una pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional. Respecto de la figura de la conciliación, la Constitución de 1999, en su artículo 258 único aparte, reconoce los medios alternativos de resolución de conflictos como parte integrante del sistema de justicia venezolano. En efecto, la indicada disposición establece «La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos».

Entonces, la razón de ser de los recursos administrativos no será jamás la de convertirse en una carga para quien los ejerce, sino más bien, de fórmula conciliatoria, que resultan acordes con la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico, tales como el Código Orgánico Procesal Penal (artículos 407, 421 y 422) y la Ley de Protección al Consumidor (artículos 77, 86 numeral 12, 134, 135, 136, 138, 139, 140 y 141), entre otros.

Así, una visión de los recursos administrativos como medios conciliatorios, permite el tránsito no contencioso de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y los intereses del Estado, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos.

Citando a SÁNCHEZ MORÓN, «la vía administrativa previa encuentra su sentido institucional adecuado si constituye también una forma de garantía de los derechos e intereses de los particulares, sencilla y efectiva, de manera que ahorre la necesidad del proceso judicial, que suele ser lento y costoso, contribuyendo de paso a reducir la avalancha de recursos contencioso-administrativos».

De tal manera, que al resultar contraproducente el control absoluto en vía judicial de la actividad administrativa y su resultado (los actos administrativos), en virtud del congestionamiento que causa, la manera más efectiva y rápida de obtener una solución, no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no se cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto a su planteamiento.

Además, agrega la sentencia que «el retardo en la decisión administrativa de que se trate, conlleva al reclamo por parte del administrado de las responsabilidades a que haya lugar, con respecto al funcionario responsable, todo ello conforme a los artículos 25 y 139 de la vigente Constitución».

En conclusión, se debe señalar que cualquier análisis que pueda hacerse sobre la obligatoriedad del ejercicio de los recursos administrativos, debe atender a la realidad administrativa y al marco legal que dé soporte a la misma, teniendo en cuenta que los recursos en determinados conflictos de intereses, se constituyen como los cauces naturales de resolución, y en mucho casos los únicos medios de solución.

La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999

LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ*

INTRODUCCIÓN

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL del Estado, como ya ha sido dicho e históricamente demostrado, debe ocupar siempre un lugar fundamental en la configuración de todo Estado de Derecho y en toda sociedad democrática. La nueva Constitución de Venezuela de 1999, con particular intensidad, ha venido a recordarlo. En efecto, y al margen de las razones verdaderas y críticas que puedan hacerse al particular proceso constituyente ocurrido durante 1999, lo cierto es que el texto final de la nueva Constitución, ya publicado, vigente y en pleno vigor normativo, ha dedicado, superando quizás a todas las Constituciones pasadas de nuestro país, un lugar especial al tema de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, estableciendo (*rectius*: reiterando y fortaleciendo) un amplio sistema resarcitorio a favor de los particulares para la reparación integral de los daños y perjuicios imputables al funcionamiento de los servicios públicos o a cualquier actividad de los poderes públicos.

Ciertamente, la nueva Constitución de 1999 no ha venido a establecer o *crear* un sistema de responsabilidad estatal, ni siquiera a ampliar sustancialmente el mismo pues, en propiedad, la existencia de un sistema de responsabilidad del Estado completo y efectivo ya era predicable

* Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios superiores en Derecho Administrativo (DSU) y en Ciencias Políticas (DSU) y estudios doctorales en Derecho Público Económico (DEA) en la Universidad de París II (Francia). Director-editor de la *Revista de Derecho Administrativo* y co-director de la *Revista de Derecho Constitucional* (Venezuela).

a partir del texto de la Constitución de 1961, tal como la doctrina y en parte la jurisprudencia se encargaron de desarrollar y aplicar. Sin embargo, no puede negarse que la nueva Constitución de 1999 no sólo ha dado más importancia al tema de la responsabilidad del Estado sino que, además, ello ha sido hecho a través de nuevas normas de mayor rigor técnico, mucho más modernas, amplias y claras, dedicando incluso algunas normas a aspectos concretos —y hasta ahora poco desarrollados entre nosotros— de la responsabilidad estatal, como es el caso de la responsabilidad por violación de derechos humanos y la responsabilidad del Estado-Juez.

Tal dedicación constitucional, por supuesto, es bienvenida y, visto el carácter normativo de toda Constitución (*norma normarum*)¹, la misma está llamada a tener inmediatos efectos sociales y jurídicos, estimulando o relanzando un tema —a nivel ciudadano y jurisprudencial— que ahora más que nunca debe ser desarrollado y articulado técnicamente². No se trata en estas notas, obviamente, de realizar un estudio completo del tema de la responsabilidad del Estado, para lo cual remitimos a los principales trabajos de la doctrina nacional y extranjera en los cuales, con vista a la jurisprudencia, se desarrollan los principios sustantivos y adjetivos del sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, principios plenamente aplicables al actual marco constitucional venezolano³. El

¹ Sobre el particular, entre otros preceptos, tiene particular importancia el artículo 7 de la Constitución de 1999, según el cual «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución». Asimismo, también recordando el carácter normativo superior y vinculatorio de todas las disposiciones de la Constitución, pueden mencionarse, entre otros, los artículos 3, 22, 25, 137, 138, 139, 333, 334, 335 y 350.

² Quizás sea difícil decir que la nueva Constitución y su proceso de formación han venido a cambiar la «lengua de los derechos» en materia de responsabilidad del Estado, pues se trata de una institución preconstitucional bastante consolidada. Sin, quizás sí sea posible hablar de un «redescubrimiento» (en especial para el ciudadano común —que durante el proceso constituyente y ahora —como nunca antes— han tenido oportunidad de «leer» y conocer la Constitución, situación que deber llevar una mayor exigencia ciudadana de sus derechos, a diferencia de la ya tradicional situación pasiva —quizás por desconocimiento jurídico constitucional— de los ciudadanos venezolanos. Este fenómeno, por supuesto, no sólo es de esperar en materia de responsabilidad del Estado, sino respecto a la generalidad de las instituciones jurídicas y del respeto de la carta de derechos fundamentales. Sobre el efecto y significación de los procesos constituyentes respecto al léxico o lenguaje jurídico, con sus consecuentes efectos prácticos y de evolución sociojurídica, véase el especial libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

³ Vid., en lo que respecta a los trabajos generales, para la doctrina venezolana, LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995; LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del*

presente artículo, pues, simplemente es una nota informativa y de actualización normativa en la cual intentaremos dar cuenta de las particularidades e innovaciones contenidas en la nueva Carta Magna, para lo cual primeramente haremos referencia a las normas principales o matrices (I) y luego a los preceptos complementarios o específicos (II) relacionados con el tema, fundamental, como cabe insistir, de la responsabilidad patrimonial del Estado, tema siempre influido —y ahora con mayor intensidad— por los imperativos constitucionales⁴.

Estado, EJV-Funeda, Caracas, 1997; para la doctrina extranjera, M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997; A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985; R. CHAPUS: *Droit administratif général*, 2 t., París, 1994; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, París, 1994; P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, París, 1969, p. 237; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993; F. GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 324 y ss.; J. L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Jurisprudencia contencioso administrativa*, Actualidad Editorial, 1994; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1388 y ss.; J. JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (una visión de conjunto)*, M. Pons, Madrid, 1999; J. C. HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, Univ. Externado, t. I, vol. 2; del mismo autor, «Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad del Estado», en libro de las *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ARBC*, Funeda, Caracas, 1996, pp. 409 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, pub. Madrid, 1999; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, Puf, 1995; M. PAILLET, *La faute du service publique en droit administratif français*, LGDJ, París, 1980; ROUGEVIN-BAVILLE, «Responsabilité sans faute», *Enc. Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*; M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, París, 1994.

⁴ Como se notará en los trabajos referidos en la nota de pie de página anterior, son comunes en la doctrina y jurisprudencia las referencias a la estrecha «conexión» existente entre la Constitución y la responsabilidad del Estado. En complemento de tales estudios, y con concretas referencias a esta «visión constitucional» de la responsabilidad del Estado aun para el caso de Francia, puede verse también los siguientes artículos: S. DION LOYE, «Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité», *LPA*, 1992, n° 91, p. 11-19; M.A. LATOURNERIE, «Responsabilité publique et Constitution», *Mélanges René Chapus*, París, 1992, p. 353 y ss; M. PAILLET, «Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français», *Etudes offert a Jean Marie Auby*, París, 1992, pp. 259 y ss.

I. CONSAGRACIÓN GENERAL Y AMPLIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1999. DE LOS VALORES SUPERIORES A LAS NORMAS PRINCIPALES O MATRICES

I. Identificación inicial de los principios y normas matrices de la responsabilidad del Estado en la nueva Constitución

La responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, un «principio general del Derecho» e igualmente uno de esos «valores superiores» inherentes a todo Estado de Derecho y, por tanto, un derecho inherente a la persona humana integrante de cualquier sociedad democrática y de justicia. Tal institución, pues, de base multipolar (principio-valor-derecho) tiene tal fuerza que incluso puede alcanzar un rango supraconstitucional —al igual que muchos de los derechos humanos—, de allí que resulte normal, incluso obligada, su amplia y expresa consagración a nivel constitucional⁵, mucho más cuando se trata de una Carta Magna destinada a regular una sociedad democrática y de justicia. Tal como lo ha señalado FERNÁNDEZ SEGADO, hay ciertos derechos fundamentales, también llamados derechos humanos o derechos del hombre (como sin duda es el derecho a la integridad patrimonial y a la consecuente responsabilidad del Estado), que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, obligatoriamente han de ser por ésta consagrados y garantizados⁶. Son, pues, derechos que se configuran como elementos nucleares de la propia concepción del Estado, mucho más si pretende hablar de una sociedad democrática y de un Estado social

⁵ Por tanto, y aunque el supuesto hipotético pueda ocurrir, no parece posible que una nueva Constitución —independientemente de su origen constituyente originario o no— puede borrar o erradicar —ni siquiera limitar sensiblemente— a la institución de la responsabilidad del Estado. En efecto, al igual que muchos derechos humanos, el derecho a la integridad patrimonial y la responsabilidad del Estado tiene un «núcleo esencial» que resulta intocable por cualquier Ley e incluso por cualquier reforma constitucional o proceso Constituyente, ello por tratarse de un principio superior y un derecho fundamental. Cualquier retroceso textual en este sentido, no pasaría de ser más que un golpe de espada en el agua, rápidamente diluido o reconducido a su nivel esencial por medio de las exigencias sociales y de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales. De manera que era esperar que el nuevo texto constitucional resultante del proceso Constituyente simplemente ratificara en esencia lo previsto en los artículos 47, 68 y 206 de la Constitución de 1961. Cualquier modificación, pues, debía dirigirse a afinar la redacción de las referidas normas y, en todo caso, a reforzar aún más la amplitud y fuerza de la institución resarcitoria en comentarios, tal como afortunadamente ha ocurrido con la nueva Constitución de 1999.

⁶ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «Sistemas de protección judicial de los derechos fundamentales», en esta *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1.

de Derecho y Justicia, como efectivamente es el discurso de nuestra nueva Constitución⁷.

Este enfoque superior, en efecto, como es propio a la técnica legislativa constitucional, viene a ser recordado en el propio Preámbulo de la Constitución de 1999, al señalar que el pueblo de Venezuela decreta la referida Carta Fundamental, entre otras razones

...con el fin supremo de *refundar la República* para establecer una *sociedad democrática*, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un *Estado de justicia*, federal y descentralizado, que consolide los valores de la *libertad*, la independencia, la paz, la *solidaridad*, el *bien común*, la integridad territorial, la convivencia y el *imperio de la ley* para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la *igualdad* sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la *integración latinoamericana* de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la *garantía universal e indivisible de los derechos humanos*, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad...

todo ello «en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo *democrático*».

Tal carta de valores, principios y fines superiores, la cual supone de suyo la existencia y desarrollo de un sistema adecuado de responsabilidad patrimonial del Estado, viene a quedar aún más concretizada en los primeros artículos del nuevo texto constitucional, cuando se habla de que

...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 1).

Igualmente, se insiste en el punto al afirmarse que

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 cumpli-

⁷ Precisamente sobre el tema de los principios y valores constitucionales y su carácter vinculatorio, puede verse el trabajo de Jacqueline LEJARZA A., «El valor normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999», en esta *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1.

miento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución (artículo 3).

En fin, queda claro que «El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre *democrático*, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, *responsable*, pluralista y de mandatos revocables» (artículo 6). En este sentido, también insiste la Constitución de 1999 en que «La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y *responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*» (artículo 141).

Lo que precede, pues, es el contexto adecuado para el desarrollo y respeto del derecho de los ciudadanos a su integridad patrimonial, todo ello a través de un sistema indemnizatorio que permita reparar cualesquiera daños que sufran en sus bienes o derechos con ocasión del funcionamiento normal y anormal del Estado. A tal efecto, encontramos varias normas que, de forma categórica y amplísima, regulan la responsabilidad del Estado.

Efectivamente, al igual que la anterior Constitución de 1961⁸, la nueva Constitución de 1999, al margen y bajo el manto de los mencionados valores superiores y del principio de integridad patrimonial, permite —e impone— desarrollar y fundamentar en concreto, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado desde una triple perspectiva, que desde ya la enmarca en una visión moderna iuspublicista, esto es, a par-

⁸ En efecto, el bloque normativo constitucional de 1961 era igualmente amplio respecto a la consagración de la responsabilidad del Estado, tal como se desprendía de los artículos 47, 68 y 206, relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado, al derecho a la tutela judicial efectiva y al control pleno de la Administración por parte del juez contencioso administrativo. Sin embargo, se notará cierto avance técnico y mayor claridad, amplitud e insistencia en la nueva Constitución de 1999. En todo caso, a título de contraste, vale la pena citar el contenido de los tres artículos mencionados de la Constitución de 1961. *Artículo 47*: «En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios, o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública». *Artículo 68*: «Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, le fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes». *Artículo 206*: «Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

tir de la norma de regulación directa y general de la responsabilidad del Estado (artículo 140), de la norma relativa al contencioso administrativo (artículo 259) y de las normas relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 26 y 49).

En efecto, en primer lugar, tenemos una norma general especialmente dedicada a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, nos referimos al artículo 140 de la Constitución de 1999, ubicado dentro del Título IV, «Del Poder Público», cuyo texto definitivo es el siguiente:

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Esta es, sin duda, la nueva norma matriz de la responsabilidad administrativa en Venezuela. Se trata, como se revela de una simple lectura y aún más de una básica interpretación, de un precepto de gran amplitud y de corte moderno iuspublicista, obviamente inspirado en las mejores normas del Derecho comparado (en concreto colombianas y españolas), a cuya altura hemos quedado constitucionalmente equiparados. El citado artículo permite el desarrollo, desde una perspectiva de derecho público, de un amplísimo sistema de responsabilidad patrimonial —por sacrificio particular y por funcionamiento anormal— de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas —administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales— de los entes públicos o incluso privados en ejercicio de tales funciones.

Debemos señalar, sin embargo, que la versión final publicada en la Constitución es el resultado de algunas modificaciones y reducciones a la norma original —más técnica y completa— que fue presentada a la Asamblea Constituyente, bien que los términos definitivos del precepto, debidamente leídos e interpretados, mucho más a la vista del resto de las normas constitucionales relacionadas, permiten igualmente el desarrollo de un sistema completo y efectivo de responsabilidad estatal, sin que quepa resquicio alguno de inmunidad patrimonial de los poderes públicos.

Veamos, aunque sea brevemente, la evolución (quizás involución, pero por fortuna de consecuencias inocuas) que sufrió el actual artículo 140 durante el peculiar proceso constituyente vivido durante 1999. El origen del referido artículo se encuentra en una comunicación que, a solicitud del profesor y constituyente Allan R. BREWER-CARÍAS, elaborara a quien esto escribe al comienzo del proceso constituyente. El contenido parcial de dicha comunicación, donde, con vista a la experiencia nacional y comparada, propusimos el texto de un nuevo artículo regulatorio de la responsabilidad del Estado, es el siguiente:

Propuesta a la Asamblea Nacional Constituyente
SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Uno de los principios fundamentales e inherentes a todo Estado de Derecho es, sin duda, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado. Dicho principio alude a la responsabilidad que debe asumir el Estado, en su sentido amplio, por los daños o perjuicios que sean causados a los particulares por los actos u omisiones de las autoridades públicas y de cualesquiera personas que legítimamente actúen en función administrativa o de servicio público.

La responsabilidad patrimonial del Estado está ampliamente consagrada en Venezuela en la Constitución de 1961, bien que la redacción de los actuales artículos sea susceptible de ser mejorada técnicamente. Así, además de valores superiores —libertad, bienestar general, seguridad social, participación equitativa, justicia social, igualdad social y jurídica, orden democrático, etc.— contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1961, la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra prevista en el artículo 47 de la Constitución en los siguientes términos: «En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública». Esta norma —por interpretación *a contrario*— es de una amplitud considerable, pero la misma está por debajo de la redacción moderna que se observa en las Constituciones extranjeras.

La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas coinciden en señalar como antecedente claro y directo del vigente artículo 47 de la Constitución de 1961 a la Constitución de 1901, cuyo artículo 14 contiene la base de dicho precepto vigente, director de la responsabilidad administrativa. El contenido del artículo 14 de la Constitución de 1901 fue reproducido sistemáticamente por los textos constitucionales posteriores, hasta llegar a la vigente Carta Fundamental de 1961. Un resumen de esta parte de la evolución histórico-constitucional, se encuentra en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de febrero de 1964: «Esta disposición — art. 14, § 1, de la Constitución de 1901— fue reproducida, en forma idéntica, en el artículo 15 de la Constitución de 1904, así como en el Estatuto Constitucional de 1914 (art. 14), en la Constitución de 1914 (art. 17) y en la de 1922 (art. 17). En la reforma constitucional de 1925, la disposición aparece también con igual redacción (art. 39), con la única diferencia que además de la Nación y los Estados, se mencionan también a las Municipalidades. Y en esta forma permaneció la disposición en sucesivas reformas hechas a la Constitución en los años de 1929, 1931, 1936, 1945 y 1947. En la Constitución de 1953 (...), las modificaciones (...) revelan en el Constituyente el propósito de ampliar y no de restringir la garantía otorgada a las personas morales de carácter público (la Nación, los Estados y las Municipalidades) contra la posibilidad de reclamaciones injustificadas contra el poder público. En efecto: la sustitución del concepto de «autoridades legítimas» por el de «autoridades competentes», reduce el ámbito de responsabilidad del Estado, por cuanto excluye todos los actos que sean analizados por autoridades legítimas pero fuera del radio

de su competencia. Y de igual manera, el cambio introducido en la parte final, al sustituir la frase «obrando en su carácter público» por «en ejercicio de sus atribuciones legales» obra en el mismo sentido» (CSJ-SPA, 5 feb. 1964, GF, n° 43, 1964, p. 14-19). En 1961, el artículo 47 de la Constitución de ese año retomaría el concepto de «autoridades legítimas» y presentaría la amplia frase «en el ejercicio de su función pública». Además de esta norma, en la actualidad la Constitución de 1961 respalda ampliamente la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se desprende del contenido de los artículos 68 (derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva) y 206 (relativo a la jurisdicción contencioso administrativo), e igualmente de los artículos 3 (carácter democrático y responsable del gobierno); 46 y 121 (sobre la responsabilidad de los funcionarios); 49, 117, 205, 209 (referentes a la protección jurisdiccional); 99 y 101 (relativos a la garantía de la propiedad y a la integridad patrimonial); 45, 56, 57, 61 y 223 (relativos al principio de igualdad ante las cargas públicas).

Tales normas, pues, permiten y han permitido a la jurisprudencia el desarrollo general y la articulación técnica de todo un sistema de responsabilidad administrativa completo, eficaz e inspirado de principios de Derecho público, tal como es la tendencia actualmente en la mayoría de los países democráticos y basados en la idea del Estado de Derecho. Sin embargo, el actual proceso Constituyente resulta propicio para mejorar aun más tales normas y adaptarlas a las más recientes tendencias mundiales, tal como se observa ha sucedido con las Constituciones de muchos países europeos y latinoamericanos, donde cabe destacar el caso de España y Colombia.

En este sentido, se observa que el proyecto presentado por el Presidente Hugo Chávez Frías, relativo a las *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República* (Parte I) de fecha 5 de agosto de 1999, no ha tomado en consideración una modernización de las normas relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el mismo en su Título II, Capítulo III (Derechos civiles) se limita a señalar, de forma similar a lo previsto en la Constitución de 1961, que «En ningún caso podrán pretender los Venezolanos ni los extranjeros que la República, los estados y los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio».

Pues bien, tal como venimos señalando, estimamos que la Asamblea Constituyente puede proceder a realizar una mejora en las normas relativas al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, en especial, del actual artículo 47 de la Constitución de 1961, a los fines de sustituirlo por un precepto mucho más moderno. En este sentido, a título comparativo, estimamos ilustrativo el contenido del artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, según el cual: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Dicho artículo constitucional vino a ser ratificado y afinado en España por el artículo 139-

1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual dispuso lo siguiente: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Por otra parte, igualmente paradigmático es el caso de la Constitución de Colombia de 1991, la cual, adaptándose a las tendencias modernas en la materia, incluyó un artículo 90 del siguiente tenor: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

Las anteriores normas constitucionales y legales son el reflejo de las tendencias modernas, ya bastante consolidadas y desarrolladas jurisprudencialmente, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Así, es de destacar que las mismas permiten el desarrollo técnico de todo un sistema de responsabilidad del Estado fundamentado en el derecho de los particulares a la «integridad patrimonial» y basado técnicamente en la noción objetiva de «daño antijurídico».

Dentro de este contexto, proponemos como nueva redacción del artículo regulador de la responsabilidad patrimonial del Estado, a ser incluido dentro del Título de Poder Público o dentro del Título de los Derechos de los Ciudadanos, en la nueva Constitución de Venezuela, la siguiente:

«El Estado responderá patrimonialmente por todos los daños antijurídicos que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la actividad administrativa».

El anterior artículo, en armonía con las tendencias modernas y con las mejores normas constitucionales del Derecho Comparado, contiene las bases de un *sistema indemnizatorio completo y efectivo* de responsabilidad patrimonial del Estado a ser desarrollado bajo principios de Derecho público y a ser controlado por los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa. Dicho sistema de responsabilidad cubre *todos los tipos de daños* causados por las *autoridades en el ejercicio de su función pública*, en sentido amplio, lo que alcanza las funciones *legislativa, jurisdiccional y administrativa*. Se trata de una responsabilidad *directa* del Estado y no subsidiaria, quedando siempre a salvo la posibilidad de que el Estado, en caso de *falta personal* de los funcionarios, repita contra éstos.

La responsabilidad patrimonial del Estado alcanza a todas las vertientes de la función administrativa, es decir, *todas las actividades* (hechos, abstenciones, inactividad y actos), trátense de actividades ilegales o ilícitas (anormales) como a las actividades legales o lícitas (normales) cuando éstas generan daños. Igualmente, el sistema de responsabilidad es aplicable a todas las Administraciones o entes públicos e, incluso, a los particulares cuando actúen en función administrativa o en misión de servicio público.

El fundamento general o unitario de todo el sistema o de los dos regímenes de responsabilidad administrativa es la *integridad patrimonial*. El criterio técnico general de la responsabilidad lo constituye la noción de *lesión o daño antijurídico*, en el sentido de que el particular no tiene la obligación de soportar el daño sin indemnización. Dentro de este contexto, por lo demás ya aceptado, al igual que en el derecho comparado, por la jurisprudencia venezolana, el sistema de responsabilidad administrativa es un *sistema mixto*, en el sentido de que, según los casos, el Estado puede responder patrimonialmente a través de dos regímenes indemnizatorios, a saber: un régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y un régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal.

En concreto, tenemos entonces, por una parte, que en el régimen de responsabilidad por sacrificio particular, la antijuricidad o insoportabilidad de un daño viene dada por presencia e imputación de daños anormales (graves e intensos) y especiales (individualizados) los cuales producirían un sacrificio particular y, por tanto, una ruptura lícita de la igualdad ante las cargas públicas haciéndose necesaria una indemnización compensatoria, independientemente de si el daño es producto del funcionamiento lícito o normal de los servicios públicos o de la actividad administrativa. Se trata, por lo demás, de un régimen indemnizatorio objetivo ya desarrollado por la jurisprudencia e incluso previsto en algunas leyes vigentes, tales como la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (artículo 53) y en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (artículo 63). Por otra parte, en el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, la antijuricidad o insoportabilidad del daño viene dada por la presencia de daños de cualquier naturaleza causados por actividades administrativas o servicios públicos en funcionamiento «anormal» o ilícito, esto es, en situaciones de irrespeto o violación a las obligaciones a cargo del Estado. Ambos regímenes de responsabilidad son coexistentes y complementarios y la aplicabilidad de cada uno dependerá de la naturaleza y antecedentes de cada caso concreto.

En fin, la inclusión en la nueva Constitución de un artículo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos antes expuestos supondría, indubitablemente, un avance constitucional relevante. Sería dar respuesta, precisa y moderna, a la necesidad de renovación de uno de los temas más fundamentales en todo Estado de Derecho y de Justicia, consolidando en los particulares unos de los derechos y principios más necesarios de toda sociedad moderna...

Es la anterior, pues, la *mens legis* de la norma que luego de algunos cambios menores resultara plasmada en el actual artículo 140 de la Constitución de 1999. Por tanto, lo expuesto precedentemente, así como las otras consideraciones que podamos realizar en este artículo, pueden servir como punto de partida interpretativo a la hora de articular jurisprudencialmente el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

Antes de llegar a su redacción actual, el referido artículo regulatorio de la responsabilidad del Estado pasó, como decíamos, por algunas etapas, no necesariamente de mejoramiento o depuración (más bien de reducción o limitación atécnica, aun cuando afortunadamente el precepto no perdió su equilibrio y amplitud iniciales; quizás pueda hablarse, para ser diplomáticos, de un proceso de simplificación). En primer lugar, y luego de aceptar la propuesta ya mencionada, la Comisión del Poder Público incorporó un artículo (en ese entonces art. 150) al Anteproyecto de la Comisión Constitucional en su versión antes de su discusión en Plenaria cuyo contenido era el siguiente: «El Estado responderá patrimonialmente por todos los daños contrarios a derecho que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la actividad administrativa». Como se observa, la única modificación a realizar sería la de cambiar la palabra daños «antijurídicos» por daños «contrarios a derecho», lo que en apariencia supuso una primera disminución técnica pues la expresión daños «antijurídicos» es conocida y bien entendida en la doctrina y jurisprudencia modernas (en especial colombiana y española de donde salió la idea) en el campo de la responsabilidad del Estado. En cambio, la expresión daños «contrarios a derecho» no es propio de este campo, Sin embargo, el referido invento o importación no era preocupante pues una sana interpretación normativa hubiese permitido a nivel jurisprudencial y doctrinario asimilar ambas nociones.

Posteriormente, y como resultado de las primeras discusiones al mencionado Anteproyecto por parte de la Asamblea Plenaria, el nuevo precepto (en ese momento artículo 149) en materia de responsabilidad de los poderes públicos quedaría con el siguiente tenor: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de los servicios públicos». En esta oportunidad, las mutilaciones fueron mayores. Por un lado se suprimió la frase «contrarios a derecho», antes «antijurídicos», dejándose solamente la referencia por los «daños que sufran» sin calificaciones sobre la tipología o naturaleza de los daños, cuestión que, aunque más simple y de nuevo menos ajustada a las tendencias modernas, no suponía una desnaturalización del criterio técnico de la responsabilidad administrativa, pues quedaba igualmente abierto el campo a los distintos tipos de antijuridicidad a nivel de los daños. Del mismo modo, la supresión de los complementos «normal» y «anormal» del funcionamiento de los servicios públicos, dejando sólo esta última noción, no conlleva, salvo el descenso en el rigor científico, ninguna disminución o reducción a nivel de los títulos de imputación o hechos generadores, pues al dejar puramente la expresión «fun-

cionamiento de los servicios públicos», tal como sucedió en España⁹; se estaba dejando abierta la posibilidad de imputación de los daños tanto al funcionamiento normal como anormal. En lo que respecta a la eliminación de la frase «o de la actividad administrativa», permaneciendo sólo la frase «servicios públicos», ello luce como una suerte de restricción de la responsabilidad del Estado a la sola actividad típica de carácter prestacional¹⁰, sin embargo, tal como sucedió en España con la interpretación del artículo 106.2 de la Constitución de 1978, a la expresión servicios públicos debe dársele en estos casos una «noción muy amplia»¹¹, en el sentido de que dentro de la misma, a los efectos de la responsabilidad del Estado, cabe todo tipo de actividad de todos los poderes públicos, incluso las actividades administrativas de los particulares.

Finalmente, en los últimos momentos, no estamos seguros si a nivel de las comisiones específicas o de la comisión de estilo, se realizó una última modificación en el sentido de que se cambió la voz «servicios públicos» por la «Administración Pública», expresión esta última que también puede y debe entenderse en su sentido más amplio —y por tanto asimilable a la anterior— siendo claro que se está refiriendo a toda la actividad —o inactividad— de cualquier ente público o de cualquier ente privado en ejercicio de funciones públicas o de interés general. Este uso indiscriminado de las expresiones referidas, confirmatorio de su alternatividad y de la necesidad de su amplio entendimiento, lo reitera el comienzo del propio artículo 140 al hablar del «Estado», e igualmente lo ratifican el resto de los artículos sobre el Poder Público y algunos otros preceptos de la Constitución, como, por ejemplo, el artículo 259 relativo a la compe-

⁹ En este sentido recuérdese que el famoso y alabado artículo 121 de la Ley de Expropiación forzosa española establecía la posibilidad de indemnización por las lesiones consecuencia del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» y que, posteriormente, el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978 solamente se refirió a la responsabilidad por lesiones consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos», situación que en ningún momento supuso una disminución de los niveles de protección a través del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual más bien fue considerado como constitucionalmente ratificado en sus términos más amplios, pudiendo darse tanto la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular (funcionamiento normal) o la responsabilidad por falta (o funcionamiento anormal). La doctrina y la jurisprudencia constitucional así lo han confirmado. Véanse en este sentido, los trabajos citados *supra* en el pie de pág. núm. 3 de este artículo.

¹⁰ Así lo hacía ver inmediatamente María Eugenia SOTO HERNÁNDEZ, «La responsabilidad extracontractual del Estado en el proceso constituyente venezolano», inédito, 1999, p. 17.

¹¹ Sobre el particular, nuevamente pueden confrontarse los trabajos citados en el pie de página núm. 3 de este artículo y con particular interés el trabajo de M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 32 y ss.

tencia contencioso administrativa para restablecer situaciones jurídicas, conocer de reclamos por los servicios públicos y declarar la responsabilidad de la Administración; y como el artículo 281 relativo a la legitimación del defensor del Pueblo para ejercer acciones para el resarcimiento de daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Luego de todo lo anterior, pues, la redacción final, todavía muy amplia, adecuada y compatible con sus precedentes en Colombia y España¹², sería del actual artículo 140: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública».

En segundo lugar, y continuando con la idea inicial, la nueva Constitución de 1999 trae otro artículo fundamental en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, esta vez dentro de la previsión específica, bastante feliz, relativa a la jurisdicción contencioso administrativa. El contenido textual de dicha norma, ubicada en el Título V, Capítulo III, «Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia», es el siguiente:

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

Tenemos aquí, al igual que en el texto constitucional de 1961, aunque con una ampliación interesante, una norma también fundamental en materia de responsabilidad del Estado y plena jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto, tanto de índole formal como de índole sustancial, otorga el derecho de los particulares a un sistema amplísimo, de nuevo universal, mixto y sin exclusiones, de responsabilidad del Estado, concretando igualmente el poder-deber de los tribunales contencioso-administrativos de satisfacer tal derecho. Todas las expresiones destacadas en el texto (condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración;

¹² Para un excelente trabajo de derecho comparado sobre la evolución y alcance de tales normas, vid. María Eugenia SOTO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública y su estudio comparativo en las Constituciones de Venezuela, Colombia y España*, UCAB, Caracas, 1999.

conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa) autorizan tal amplitud. No caben aquí, tampoco, limitaciones a la responsabilidad del Estado, muy por el contrario nos encontramos ante una contundente ratificación de las más amplias potestades de control judicial del Estado y, por tanto, de los más amplios derechos de los particulares a exigir su integridad patrimonial a través de tal control jurisdiccional.

En tercer lugar, el derecho —exigible a toda jurisdicción— a la defensa y tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, entre ellos los patrimoniales, por supuesto, conlleva el derecho a exigir la plena responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, son de gran importancia dos artículos constitucionales, nos referimos a los artículos 26 y 49, los cuales disponen en lo que aquí importa destacar lo siguiente:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (...).*

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...).*

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley...*

Estos espectaculares artículos, ubicados en el Título III «De los Deberes, Derechos humanos y garantías», de la Constitución de 1999, otorgan el derecho fundamental de los ciudadanos de defender ante la justicia sus derechos e intereses en forma eficaz. Dicha norma contiene mucho más que el clásico principio *favor actionis* o *pro actione*; ella contiene el derecho a una «tutela efectiva». Tal principio se traduce, en lo que aquí nos interesa, en el derecho que tiene el particular de demandar y de obtener, si es el caso, la responsabilidad patrimonial del Estado. El principio de efectividad jurisdiccional tiene, pues, en la materia, una doble función: de un lado, el particular puede, cuando sufra una lesión insoportable en su patrimonio, demandar y obtener la responsabilidad administrativa, sea bajo

el régimen de responsabilidad por sacrificio particular, sea bajo el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal; de otro lado, el principio de efectividad jurisdiccional implica el derecho a demandar y a obtener tal responsabilidad administrativa (en su sentido más amplio) a través de demandas, recursos o procedimientos antiformalistas, justos, y llenos de garantías y amplios poderes del juez, es decir, recursos efectivos o eficaces.

2. Alcance de las referidas normas a la luz de la interpretación constitucional y a la luz de los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia. Bases para la correcta articulación técnica del sistema de responsabilidad del Estado

Los tres bloques de preceptos constitucionales citados —que comprenden a los artículos 26, 49, 140 y 259—, por sí solos, tanto más combinados, permiten e imponen la construcción general y la articulación técnica de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado completo, eficaz e inspirado de principios de derecho público, normas a las cuales, como luego veremos, pueden sumarse en refuerzo ampliatorio algunos otros artículos complementarios. En todo caso, lo cierto es que este bloque o contexto constitucional, que ahora ha colocado a Venezuela entre los primeros puestos en el *ranking* mundial en la materia, ha previsto un loable sistema de responsabilidad estatal sobre cuyas características generales o mínimas es menester insistir. Veamos.

Ante todo, queda claro que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado ha sido consagrado en sus más amplios y modernos términos. Ello supone, primeramente, entender que el mismo no permite reductos de inmunidad patrimonial, teniendo los particulares el derecho a obtener, directamente¹³ y a través de procesos de tutela judicial efectiva, la reparación integral de todo tipo de daño que sufran provenientes de cualquier actividad del Estado, entendido éste en un sentido amplio. Así, se les debe aplicar el sistema de responsabilidad en cuestión a todos los entes y poderes públicos, tanto en sentido horizontal (legislativo, ejecutivo, judi-

¹³ Efectivamente, no puede ser de otra forma, la responsabilidad del Estado es una responsabilidad *directa* y no subsidiaria, quedando a salvo la posibilidad de que el Estado, en caso de *falta personal* de los funcionarios, repita contra éstos en ciertos casos, así como la posibilidad (la «opción», también en caso de faltas personales) de que el particular decida demandar directamente al funcionario a título personal. Al margen de estas posibilidades, el particular *siempre* puede demandar directamente al Estado (al ente público, al servicio). Sobre este tema de las relaciones entre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, véase Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 595 y ss, así como las consideraciones que realizamos *infra* en este artículo.

cial, ciudadano y electoral), como en sentido vertical y paralelo (nacional, estatal y municipal/autoridades administrativas autónomas o independientes, entes descentralizados), incluyendo a los entes y personas privadas actuando en función de servicio público o de interés general, con independencia del tipo de lazo funcional (entes de autoridad, concesionario, contratista, colaborador ocasional¹⁴, etc.).

En lo que respecta a la naturaleza y amplitud del sistema de responsabilidad, el contexto constitucional ha ratificado su carácter *mixto*, en el sentido de que el mismo, para ser completo y efectivo y para responder a la naturaleza real de la responsabilidad administrativa, debe ser entendido como un sistema indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de *responsabilidad por sacrificio particular* o sin falta, en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas o producto del funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; por otra parte, un régimen de *responsabilidad por funcionamiento anormal* o por falta de servicio, en el cual el criterio específico o decisivo para a los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general¹⁵.

Esta visión del sistema de responsabilidad del Estado, ha sido también explicada por el primer y más autorizado comentarista de la nueva Constitución de 1999. Nada menos que el profesor Allan R. BREWER-CARÍAS quien en su más reciente libro¹⁶ señala lo siguiente respecto al artículo 140 de la nueva Constitución: «La expresión «funcionamiento de la Admi-

¹⁴ Sobre esta importante, y lamentablemente poco conocida y desarrollada entre nosotros, doctrina del «colaborador ocasional» de la Administración, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 225 y ss. Tamb. J.C. BONICHOT, «Collaborateurs occasionnels», *Enc. Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, París; J. MOREAU, «Responsabilité de l'administration du fait d'actes de collaboration occasionnelle au service publique», *Jurisl. Administratif*, París.

¹⁵ Sobre esta división del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado y su funcionalidad y articulación técnica ya hemos tenido de dedicar un estudio más detallado, cuyos análisis y reflexiones siguen plenamente vigentes con la promulgación de la Constitución de 1999, la cual, de hecho, ha venido a confirmar la referida visión o enfoque iuspublicita-moderno. Vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995. Adicionalmente pueden consultarse el resto de los trabajos citados en el pie de página núm. 3.

¹⁶ *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 82 y 83.

nistración», de carácter muy genérico, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica». Este enfoque, por lo demás, no sólo encuentra perfecto respaldo en el texto de las nuevas normas de la Constitución, sino también en su misma «Exposición de Motivos», donde claramente se habla de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos y de las actividades de cualquier ente público o, incluso, ente privado en ejercicio de tales funciones¹⁷.

Dentro de este correcto enfoque, y desde una perspectiva global que abarca a ambos regímenes de responsabilidad, la Administración responde objetivamente, es decir, que el fundamento general o unitario de todo el sistema o de los dos regímenes de responsabilidad administrativa es la *integridad patrimonial*. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de la *lesión antijurídica* en el entendido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización el daño sufrido. En este plano, la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión actúe de forma ilegal o ilícita —antijuricidad subjetiva—, sino de que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación —antijuricidad objetiva—. En este sentido, el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa no recae sobre el autor del daño, sino sobre el patrimonio del sujeto afectado y en el derecho al restablecimiento de integridad patrimonial¹⁸.

¹⁷ En propósito, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 al tratar el Título del Poder Público expresa lo siguiente: «Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones».

¹⁸ Este mismo es el enfoque utilizado en España y Colombia, principales países que han servido de inspiración a nuestras actuales normas constitucionales en materia de responsabilidad del Estado. En términos de la jurisprudencia española: «La responsabilidad de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar» (Tribunal Supremo español –TSE–, 11-6-1993, Ar. 4375; posición sostenida en múltiples sentencias, entre otras, TSE, 19-01-1988; 11-04-1989, Ar. 2836; 8-02-1991, Ar. 1214; 13-01-1992, Ar. 555; 2-11-1993, Ar. 8182; 22-04-1994, Ar. 2722; 23-06-1995, Ar. 4782). En fin, tal como lo afirma la doctrina española, la lesión o daño antijurídico será el daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar en tanto no existan causas de justificación del mismo y en cuanto sea posible la imputación. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. 2, 1993, p. 372

Esta forma de enfocar o entender el sistema de responsabilidad ha sido aceptada no sólo en el Derecho comparado, como es el caso de España y Colombia, sino que también ya ha sido explicada por la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana. En este sentido, es ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en lo que respecta a este punto, de fecha 25 de enero de 1996 (caso *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado*), donde el Máximo Tribunal, mostrando la naturaleza mixta del sistema, señaló que

...el fundamento para exigir una indemnización patrimonial al Estado varía si se trata de llamada responsabilidad con falta o si se trata de la llamada responsabilidad sin falta. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de la igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños.

Entre otras sentencias¹⁹, también es relevante la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 27 de enero de 1994 (caso *Promociones Terra Cardón C.A. —Médanos de Coro—*) en la cual se reitera que la responsabilidad del Estado debe analizarse a partir de sus «fundamentos constitucionales», en los cuales se «contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general, o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos»²⁰, todo lo cual confirma la naturaleza mixta de la responsabilidad patrimonial del Estado.

y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., 1996, pp. 270 y ss.). Esta lesión o daño antijurídico puede y debe entenderse también como «aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado», como bien lo ha sostenido el profesor Juan Carlos HENAO PÉREZ («La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado», en libro *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Ed. Univ. Externado de Colombia, 1993, p. 234; «Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia», en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, 1996, p. 801 y s.; v. tamb. «Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado», *loc. cit.*, p. 434), lo que confirma la naturaleza «mixta» del sistema de responsabilidad y la obligación del juez —a lo cual también lleva el principio *iura novit curia*— de estudiar el caso bajo cada uno de los regímenes de responsabilidad a los fines de declarar o no la presencia de un daño antijurídico y la responsabilidad del Estado.

¹⁹ Vid. Luis ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997, pp. 100 y ss. También Allan R. BREWER-CARÍAS y Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, EJV, Caracas, 1995, pp. 224 y ss.

²⁰ Esta sentencia está relacionada con un interesante caso de responsabilidad del Estado por «limitaciones legales» a la propiedad. Sobre el particular, además de poder consultar

También de gran importancia y con un alto contenido técnico, es la decisión de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998 (caso: *Franz Weibezahn vs CANTV y Oficina Técnica Dina.*)²¹ en la cual se reitera que la responsabilidad del Estado puede darse tanto por falta o funcionamiento anormal como sin falta o por sacrificio particular, dedicando, para resolver el caso de especie, extensos y acertados análisis a este último régimen indemnizatorio. En este sentido, la sentencia utiliza las nociones de integridad patrimonial, de sacrificio particular y de daño anormal y especial proveniente de actividades de servicio público, incluso las realizadas por un contratista, empresa o persona privada.

Todo lo anterior significa, que la antijuricidad del daño o lesión puede darse tanto por presencia de un sacrificio particular que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas (responsabilidad por funcionamiento normal), como por una falta de servicio, la cual supone una violación del derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos y de la actividad estatal (responsabilidad por funcionamiento anormal). Tanto el sacrificio particular como la falta de servicio pueden residenciarse, según los casos, en cualquier actividad pública o comportamientos administrativos (hechos, vías de hecho, abstenciones, inactividad, actos formales, contratos, promesas, informaciones, expectativas, presiones, sentencias, leyes, etc.), e igualmente con independencia del tipo de competencia, materia, obligación o servicio público en juego (hidrocarburos, materia económica e intervención estatal, hospitalaria, gas, agua, electricidad, aseo, ambiental, tributaria, aduanera, laboral, policía, fuerzas armadas, penitenciaria, seguridad, servicios de rescate, bomberos, espectáculos públicos, salubridad, transporte, telecomunicaciones, obras y trabajos públicos, urbanismo, educación, registros, notarías, tránsito y vialidad, control y tutela, justicia, legislación, control moral o ciudadano, electoral, etc., *ad infinitum*...).

En la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, la antijuricidad o insoportabilidad de un daño viene dada por la presencia e imputación de daños «anormales» —graves e intensos— y «especiales» —individualizados— los cuales producen una ruptura de la igualdad ante las cargas

su texto en las obras citadas en el pie de de página anterior, puede consultarse Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ y José G. FERREIRA VILLAFRANCA, «Vinculaciones urbanísticas y garantía indemnizatoria», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Ed. Sherwood, Caracas, 1998.

²¹ Para un comentario sobre esta sentencia, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, «Hacia la consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela (Breves comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998: otro avance en el régimen de la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular)», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 5, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, pp. 305 y ss.

públicas haciéndose necesaria una indemnización compensatoria, siendo este el marco típico de la responsabilidad del Estado por actos lícitos o por funcionamiento normal.

En el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal, por su parte, la antijuricidad o insoportabilidad del daño puede venir por la presencia de daños —inclusive suaves o de poca intensidad— causados por faltas de servicio, lo que equivale al funcionamiento anormal, el cual puede definirse como la violación a las obligaciones a cargo de los entes públicos o de los entes privados en función administrativa o de interés general. En estos casos, la falta de servicio es una condición necesaria para declarar responsable a la Administración, debiendo el demandante probar tal funcionamiento anormal, salvo en el caso de las presunciones de falta en las cuales, vista la dificultad probatoria y la necesidad de proteger a las víctimas, debe invertirse la carga de la prueba.

La noción de falta de servicio o funcionamiento anormal es, como la doctrina lo ha destacado, una noción multiforme y variable, cuya apreciación es esencialmente tópica y, por tanto, íntimamente relacionada con las características y entorno de cada caso. Como referencia inicial, para detectar la existencia y consistencia de las obligaciones administrativas, el juez puede acudir a la «apreciación textual» (refiriéndose a los textos normativos —incluso y primeramente la propia Constitución— que expresamente definen y delimitan la intervención administrativa) y a la «apreciación funcional» (pronunciándose en función de las misiones generales asignadas al Estado), luego de cuya determinación podrá analizar si tal obligación administrativa ha sido violada o no, para lo cual tendrá que acudir a los *standards* de apreciación *in concreto*, tales como la tipología o naturaleza del servicio en juego, las circunstancias de tiempo y lugar, las dificultades encontradas, los medios del servicio, la previsibilidad del incidente, etc.²².

En fin de cuentas, de todo el bloque normativo presentado resulta indiscutiblemente una inmensa y consistente base jurídica para fundamentar y desarrollar técnicamente los principios propios y autónomos de la responsabilidad administrativa en Venezuela, sin necesidad de tener que acudir a las normas, sólo parcialmente pertinentes en la materia, del Código Civil²³. Es en el bloque jurídico-constitucional, de aplicación di-

²² Para análisis sobre el particular, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 270-348; tamb. MICHEL PAILLET «Faute de service», en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, n° 95-120; L. RICHER *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1978, p. 7 y ss.

²³ La mayoría de la doctrina venezolana moderna acepta la autonomía de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, todavía algunos autores defienden, incluso con cierto ri-

recta e inmediata y de fuerza vinculatoria superior y preferencial, donde deben buscarse todos los elementos necesarios para la revolución científica requerida en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela. Las referencias exclusivas al Código Civil como base normativa de la responsabilidad, resulta innecesaria, y a veces impertinente —y por tanto inconstitucional—, pues como hemos dicho la responsabilidad administrativa debe regirse por principios propios de Derecho Público los cuales, si bien en algunas casos son compatibles con los principios de Derecho Privado, en general los sobrepasan y difieren de éstos. Las particularidades del fenómeno administrativo, la enorme gama de reglas específicas que rigen el instituto resarcitorio frente a los entes públicos, así como la existencia de un bloque normativo propio, justifican en definitiva el buen grado de autonomía y originalidad de la responsabilidad administrativa. En palabras ciertas del Consejo de Estado colombiano, «la noción de responsabilidad extracontractual y contractual del Estado está estrechamente vinculada al Derecho Administrativo, forma parte integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen jurídico de Derecho Público».

A partir del nuevo y categórico contexto constitucional de 1999 (así no sólo se desprende del propio texto de las normas sino que la propia exposición de motivos expresamente lo señala), el juez contencioso administrativo está llamado, más que nunca, a realizar la articulación técnica del sistema de responsabilidad del Estado, ello a través de conceptos de *Derecho Público* claros y parámetros de normalidad y de imputación precisos, aunque adaptables y flexibles según los *casos concretos* y en fun-

gor científico, la pertinencia de las normas del Código Civil para regular la responsabilidad del Estado, para lo cual además encuentran apoyo en algunas —no todas— decisiones de los jueces contencioso administrativa, cuya jurisprudencia es bastante ambivalente en este sentido pues en muchas otras sentencias se defiende la noción iuspublicista —ahora mucho más clara y categórica— de la responsabilidad del Estado. En todo caso, incluso para ratificar la tesis moderna autonómica, siempre es importante revisar los trabajos que defienden tesis contrarias o parcialmente contrarias. En este sentido, entre los estudios más destacados debemos citar al menos dos: Gabriel RUAN SANTOS, «La responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela», en el libro de las *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ARBC*, Funeda, Caracas, 1996, pp. 665 y ss.; Oscar A. RODRÍGUEZ PACANINS, «El derecho común de la responsabilidad extracontractual de la administración pública en Venezuela (Estudio del derecho venezolano y aspectos comparativos con el derecho francés)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 6, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, pp. 89 y ss. En todo caso, insistimos, la tesis de la doctrina mayoritaria (ANTELA GARRIDO, CALCAÑO TEMELTAS, CANOVA GONZÁLEZ, ESCARRÁ MALAVÉ, FRAGA PITTALUGA, J. I. HERNÁNDEZ, IRRIBARREN, LÁREZ MARTÍNEZ, ROSITO ARBIA, SOTO HERNÁNDEZ, TURUPHIAL CARRELLO, entre otros) va a favor de la autonomía de la responsabilidad administrativa, que es precisamente la tesis que nosotros hemos venido defendiendo en la doctrina y que ahora, mucho más vista la nueva Constitución, toca ratificar nuevamente.

ción de los *topoi*, parámetros y principios normativos en juego, así como con vista en las expectativas sociales y las realidades de cada servicio administrativo. Por tanto, el juez está también llamado a descubrir, crear y afinar *standards* generales de funcionamiento «normal» o «anormal» de las actividades administrativas y de daño «anormal» y «especial», así como a clarificar las relaciones entre (a)normalidad-imputabilidad-soportabilidad. Todo lo anterior, permitirá la configuración de un sistema coherente de responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela, donde ahora más que nunca, estamos llamados constitucionalmente a desarrollar el sistema indemnizatorio en niveles similares a los países como Francia, España y Colombia, que han venido siendo ejemplos o paradigmas en la materia.

Como es sabido, la génesis de la idea de autonomía de la responsabilidad puede buscarse en Francia, especialmente a partir de la sentencia *Blanco* del 8 de febrero de 1873 del Tribunal de Conflictos²⁴, donde se dejó establecido que

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

²⁴ Véase el texto de la decisión en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París —sentencia núm. 1—; para las conclusiones del *commissaire du Gouvernement* DAVID, ver *Rec.* 1 suppl. 61; *D.*, 1873.3, p. 17. Las reglas de competencia (de los jueces administrativos) y de fondo (especificidad de la responsabilidad administrativa e inaplicación del Código Civil) impuestas por esta sentencia han sido, como es sabido, afinadas por el tiempo. Dejando a un lado el hecho de que —a diferencia de lo que decía el *arrêt Blanco*— la responsabilidad adquirió el carácter de «general», en la actualidad puede decirse, como lo escribe el propio RENÉ CHAPUS, que «la fórmula autonomista del *arrêt Blanco* domina ciertamente el régimen de la responsabilidad pública» (*Droit administratif général*, París, 1994, t. I, p. 1040). Esta autonomía, que alcanza a todo el sistema de responsabilidad, por lo demás se intensifica en materia de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, ligada al principio de igualdad ante las cargas públicas, principio de alto contenido iuspublicista, como bien lo ha mostrado PIERRE DELVOLVÉ en su magistral tesis (*Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, París, 1969), confirmada por la doctrina y jurisprudencia moderna. Tal como lo afirman Georges VEDEL y Pierre DELVOLVÉ, ciertamente existen algunos acercamientos entre las teorías civilistas y administrativas de la responsabilidad, pero, si bien no hay una radical originalidad de la responsabilidad pública, al menos sí subsisten varias «serias diferencias» en relación a la responsabilidad privada (*Droit administratif*, París, 1990, p. 545). Ratificando lo anterior, también pueden consultarse los trabajos de la doctrina francesa citados en el pie de página número 3 de este artículo.

En definitiva, desde la decisión *Blanco*, se ha creado en Francia un impresionante sistema de responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad administrativa, dirigido resueltamente por la jurisprudencia y basado principalmente en principios de Derecho Público.

Misma perspectiva iuspublicista se observa en España, donde inicialmente se utilizaban normas del Código Civil para los casos de responsabilidad administrativa, pero luego la situación se fue modificando y se comenzaron a utilizar principios propios al Derecho Público, lo que es precisamente la situación actual de la jurisprudencia, bastante consolidada y ejemplar²⁵. Una situación similar sucedió en Colombia, donde en la actualidad la responsabilidad del Estado se estudia y desarrolla a partir de las normas constitucionales y de principios de Derecho Público, habiendo quedado superada la utilización inicial de las normas del Código Civil. Bajo esta perspectiva iuspublicista, el desarrollo de la responsabilidad del Estado en Colombia ha sido extraordinario²⁶, reflejando un sistema moderno y justo cuyo nivel de efectividad es asimilable a los mejores sistemas europeos.

²⁵ Sobre el particular, y con referencias al Estado de la jurisprudencia, véase al menos E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, obra cit.; J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983; F. GARRIDO FALLA y J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, 1994, pp. 309 y ss.; tamb. A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, p. 189 y ss.; J. L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, obra cit., 1994; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, obra cit., 1996; J. JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (una visión de conjunto)*, M. Pons, Madrid, 1999.

²⁶ Vid. A. BUSTAMANTE LEDESMA, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 1998; J.C. HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia...*, obra cit.; J.C. HENAO PÉREZ, *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Univ. Externado de Colombia, 1998; R. HOYOS DUQUE, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, 1984, p. 80 y ss. Tal como lo ha dicho el Consejo de Estado Colombiano: «La noción de responsabilidad extracontractual y contractual del Estado está estrechamente vinculada al Derecho Administrativo, forma parte integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen jurídico de Derecho Público... en ese articulado (de la Constitución Nacional) se estructura un sistema jurídico completo, en el cual se regulan todas las hipótesis sobre responsabilidad estatal. Esas disposiciones de Derecho Público excluyen la posibilidad de regular la responsabilidad del Estado por normas de Derecho Privado que le son extrañas» (Sentencia del 26 de agosto de 1960). «La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías, las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcance... Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución...» (Sentencia del 28 de octubre de 1976).

Sobre el particular, debe recordarse que la reforma constitucional en Colombia vino a confirmar y fortalecer la visión autónoma y objetiva de la responsabilidad. Así, poniéndose a la altura del artículo 106.2 de la Constitución española de 1978 (según el cual: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»), el artículo 90 de la Constitución colombiana de 1991 establece que: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas». Como se notará, el nuevo artículo 140 de la Constitución venezolana de 1999 puede equipararse en su alcance y *vis* a dichas disposiciones, las cuales, de hecho, han sido su fuente directa de inspiración.

Visto lo anterior, no debe llamar a dudas que la autonomía de la responsabilidad administrativa sea también sostenible en Venezuela, por las mismas razones que en el Derecho Comparado²⁷, entre ellas: originalidad del fenómeno administrativo el cual exige soluciones propias y diferentes a las del Derecho Privado; existencia de principios generales y de todo un bloque normativo —constitucional principalmente— propio a la responsabilidad extracontractual del Estado; fundamentos propios a la responsabilidad administrativa —igualdad ante las cargas públicas, la perspectiva de la víctima y la idea de la lesión como criterio general; ciertas diferencias a nivel de los daños, de la relación de causalidad y de la operatividad de las causales de exoneración; particularidades a nivel de la carga probatoria y de las presunciones; etc. Existen, ciertamente, importantes diferencias entre la responsabilidad privada y la pública, por lo que no puede pretenderse aplicar el estatuto civilista a toda la responsabilidad del Estado, la cual tiene muchas reglas propias²⁸. Es precisamente

²⁷ La tendencia de los mejores sistemas de responsabilidad estatal en el Derecho Comparado es, en efecto, la de estudiar la materia a través de una perspectiva iuspublicista, lo cual, como ya la experiencia lo ha demostrado, permite darle mayor versatilidad y desarrollo a la articulación técnica de la responsabilidad del Estado, ello en favor de una mayor protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en un mejoramiento de los servicios públicos. Entre dichos países que han adoptado la tendencia iuspublicista se encuentran precisamente España, Colombia y Francia, sistemas que han servido de fuente directa al constituyente venezolano. Sobre tales sistemas, su interacción y similitud, véanse los trabajos citados *supra* en el pie de página núm. 3. Adicionalmente, es menester citar el trabajo de MARÍA Eugenia SOTO HERNÁNDEZ, *Bases constitucionales en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en Colombia, España y Venezuela*, UCAB, Caracas, 1999-2000, inédito.

²⁸ Ante estas exigencias, resulta injustificado la referencia esporádica por parte de la jurisprudencia venezolana —y la adhesión, o quizás inercia, de parte de la doctrina— a las normas y conceptos del Código Civil. Sin embargo, es conocida la inestabilidad

en la Constitución, pues, donde debe buscarse el punto de partida a la revolución científica requerida en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela, institución cuyo desarrollo técnico por parte de la jurisprudencia nacional puede nutrirse de la experiencia jurisprudencial comparada, así como de un diálogo más profundo con la doctrina²⁹. La nueva Constitución de 1999, nos obliga a encaminarnos en tal desarrollo moderno y renovación de la responsabilidad del Estado, ampliamente consagrada en los artículos principales analizados precedentemente, los cuales son ratificados y apoyados en el mismo texto constitucional por una serie de normas complementarias.

En relación a lo anterior, y ya para cerrar este punto, es importante destacar que la jurisprudencia reciente³⁰ que se ha pronunciado en defensa y desarrollo del referido sistema moderno y autónomo, bajo una visión esencialmente de Derecho Público, de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, tal como lo permite el artículo 140 de la Constitución de 1999 (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa -TSJ-SPA-, 2-5-2000, *Cheremos y Otros/Elecentro* —en materia de muertes por electrocución o por accidentes con cables o bienes de empresas eléctricas, siendo destacable la mayor y más justa valoración de los daños mo-

jurisprudencial en este campo, debemos destacar que igualmente existen múltiples decisiones en las cuales se utilizan concepciones iuspublicistas. Por sólo mencionar unos ejemplos, vid. Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo: sentencias de fechas 17-5-1984, caso *Tropiburger*; 28-05-1987, *Nelson Márquez*; 20-04-1989, *Algin Johann Zilinskas*; 21-10-1993, *J.R. Uzcátegui Páez*; 19-12-1996, *Gilberto Torres*; tamb. CSJ en Pleno, 10-8-1977; 16-6-1980, caso *Cauchos General C.A.*, y de 16-12-1981, *Varios vs. Distrito Sucre del Estado Miranda*; 11 de febrero de 1992; *Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal*; y en especial, CSJ-SPA, 25-4-1984, *J.J. Briceño vs. CSE*; 19-04-1987, *Protinal*; 8-8-1990, caso *Carbón C.A. vs. Corpo-Occidente*; 6-6-1991, *Gobernador del Estado Bolívar*; 14-1-1991, *Armando Felipe Melo*; 27-01-1994, *Promociones Terra Cardón C.A.*; 1-12-1994, *Ana F. Alves vs. MARNR*; 6-04-1995, *David Montiel Guillén*; 8-2-1996, *David Galvis Ruiz*; 25-01-1996; *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado*; 12-12-1996, *Miguel Aizpúrua*; 29-10-1998, *Weibezahn vs. CANTV y Oficina Técnica Dina*.

²⁹ Sobre la necesidad de este diálogo jurisprudencia-doctrina (nacional-extranjera) y sobre la necesidad de la renovación del instituto resarcitorio ya hemos tenido oportunidad de hacer algunas consideraciones, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, Funeda-EJV, Caracas, 1997, en la «Nota Proemial», pp. 11 y ss.

³⁰ Para un resumen por temas de la jurisprudencia contencioso administrativa reciente, en especial para la dictada durante el año 2000 bajo el influjo de la nueva Constitución de 1999, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, «Buscando el Norte (Reflexiones sobre la situación y los recientes avances de la jurisprudencia contencioso administrativa)», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, Ed. Sherwood, Caracas, 2000, pp. 291 y ss.; tamb. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, «Cinco nuevas grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, Ed. Sherwood, Caracas, 2000, pp. 321 y ss.

rales; tamb. TSJ-SPA, 15-6-2000, *Germán Avilés/Eleorient* —electrocución y quemaduras por explosión de un transformador de una empresa eléctrica; otorgando una indemnización razonable de 50 millones de bolívares por daño moral y, adicionalmente, de forma interesante e innovadora, condenando al demandado a una indemnización adicional en renta, consistente en una pensión vitalicia de 50 unidades tributarias. Sin embargo, respecto a los daños materiales por lucro cesante se cae en un formalismo excesivo y errado)³¹. Asimismo, se han dictado importantes decisiones que han ratificado y afinado el sistema de responsabilidad patrimonial por actos administrativos ilegales (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo —CPCA—, 9-6-2000, *Alí Quiñones Medina* —para una orden de arresto ilegal, confirmando la posibilidad u opción de los afectados de demandar conjuntamente nulidad y condena o de presentar de forma autónoma, después o con independencia del recurso de nulidad, una demanda autónoma de daños y perjuicios, cuyo lapso de prescripción es de 10 años³²; en esta excelente sentencia también se ana-

³¹ Esta sentencia, en efecto, otorga una indemnización de 50 millones de bolívares por daño moral a la víctima de graves quemaduras, lo que luce más justo respecto a la jurisprudencia anterior que otorgaba indemnizaciones demasiado bajas. No obstante, en la especie se declara la improcedencia del lucro cesante —vista la incapacidad permanente para trabajar— por considerarse que el demandante no había probado cuál era su trabajo y su sueldo al momento del accidente. Esta visión, además de formalista, es técnicamente un evidente error jurisprudencial. Como es sabido, la procedencia y determinación de los montos de las indemnizaciones por lucro cesante por incapacidades, no depende de la prueba de un trabajo y sueldo al momento del accidente, pues, por una parte, aun en ausencia de prueba, el juez puede perfectamente establecer un parámetro comparativo —como, por ejemplo, el sueldo mínimo oficial o el promedio de remuneración en la rama y rango del afectado— y, por otra parte, aun en los casos en que la víctima no estaba trabajando ello no impide la reparación por este rubro ya que lo que el parámetro a utilizar no es la producción efectiva de un sueldo sino la capacidad o posibilidad de productividad, estando presente un daño futuro pero cierto. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia comparada —como la colombiana— suele indemnizar lucro cesante aun en el caso de que la víctima no estaba trabajando, sea porque se trataba de un menor o porque simplemente se estaba desempleado. Sobre esto, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, p. 98; tamb. Juan Carlos HENAO PÉREZ, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Univ. Externado de Colombia, 1998.

³² En relación con esto, también es de interés la sentencia del TSJ-SPA, 3-5-2000, *Inversora Mael/C.V.G.*, en la cual se analiza la especificidad de las demandas de nulidad de contratos administrativos y la no aplicación de los lapsos de caducidad de 6 meses de los recursos de nulidad contra actos administrativos (tesis ratificada en TSJ-SPA, 19-9-2000, *Promotora Humboldt Occidente*). En estos casos de demandas contra contratos tienen cabida los lapsos de prescripción civiles. En las especies, sin embargo, la SPA no resuelve cuál es el lapso aplicable, remitiendo —en una formalidad o reposición innecesaria y hasta inconstitucional— al juzgado de Sustanciación la determinación del criterio (en nuestra opinión el lapso debe ser el de 10 años). Este criterio, por lo demás, es el que también debe aplicar para las demandas extracontractuales de daños y perjuicios, incluyendo aque-

liza y ratifica el sistema autónomo de responsabilidad del Estado—; vid. tamb. TS4°CA, 17-4-2000, *Asociación Civil Los Pinos* —en materia urbanística, por una indebida revocación de unas variables urbanas y paralización ilegal de una construcción—. También se ha tratado el tema de las faltas personales y la responsabilidad de los funcionarios públicos (TSJ-SPA, 9-5-2000, *José Gregorio Rodríguez*).

II. CONSAGRACIONES PARTICULARES O COMPLEMENTARIAS
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1999.
DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-JUEZ Y POR VIOLACIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS, COMO DE LA RESPONSABILIDAD
DE LOS FUNCIONARIOS Y OTRAS CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

Además de los principios y valores superiores, así como de los artículos 26, 49, 140 y 259 de la Constitución de 1999, normas principales y autosuficientes reguladoras de un sistema completo y efectivo de responsabilidad del Estado, encontramos en el mismo texto constitucional algunas regulaciones adicionales, las cuales vienen a reforzar las previsiones generales a hacer hincapié en algunos temas particulares. En este sentido, pueden mencionarse los siguientes artículos: 26, 49 y 255 (relativos a la responsabilidad del Estado-Juez); 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285 (sobre la responsabilidad de los funcionarios); 19, 29, 30, 31 y 46 (sobre la responsabilidad por violación de los derechos humanos); 253 y siguientes (referentes a la protección jurisdiccional); 55, 115, 156-2 (relativos a la garantía de la propiedad, a la integridad patrimonial y a la expropiación); 1, 2, 19, 21, 133, 299, 311 y 316 (relativos al principio de igualdad ante las cargas públicas); 281 y 285 (sobre las atribuciones del Defensor del Pueblo y del Ministerio Público); 23 y 153 (sobre la preeminencia de los tratados de derechos humanos y del derecho comunitario); 132, 134, 135 y 274 (sobre la solidaridad, la colaboración y la responsabilidad social); 117 (sobre el derecho a bienes y servicios de calidad y a la indemnización en caso de violación a tal derecho); 4, 165 y 184 (sobre la corresponsabilidad de la gestión pública); 7, 25, 137, 138, 274, 317, 333, 334, 336 y 350 (relativos al principio de legalidad); 22 (sobre la cláusula enunciativa de derechos).

llas que tengan origen en actos administrativos, con independencia de si la nulidad del mismo ha sido o no solicitada, pues en definitiva se trata de una *demanda patrimonial autónoma* (así, CPCA, 9-6-2000, *Alí Quiñones Medina*). Sobre este tema, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ y Carlos URBINA, «El plazo para demandar responsabilidad patrimonial por actos administrativos ilegales», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8, Caracas, 2000.

Veamos, pues, aunque sea brevemente y de forma selectiva, el contenido de algunas de las referidas normas las cuales agruparemos por temas.

I. Aclaración y advertencia constitucional en materia de responsabilidad del Estado-Juez y de los jueces o magistrados

En primer lugar, y sin duda uno de los temas complementarios más relevantes, tenemos el asunto de la *responsabilidad del Estado-Juez*. Ante todo, es claro las previsiones especiales dedicadas por el Constituyente a tal institución son simplemente de refuerzo, pues ya la amplitud de las normas principales en la materia (arts. 26, 49, 140 y 259) permite el desarrollo de la responsabilidad del Estado-Juez, al igual que la responsabili-

³³ No es este el lugar para estudiar el tema de la responsabilidad del Estado-Legislator en profundidad, por lo cual nos limitaremos a realizar sólo algunas referencias bibliográficas, trabajos en los que a su vez se remite a mayor bibliografía de detalle: vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 186 y ss.; Héctor TURUHPIAL CARIELLO, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la Ley*, EJV, Caracas, 1995; para el Derecho argentino, vid. A. B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, 1999; Roberto DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1997, pp. 770 y ss.; Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1998, tomo 2, pp. XIX-41 y ss.; M. MARIENHOFF, «Responsabilidad del Estado por su actuación legislativa», en *La Ley*, 1983, núm. 49; vid. tamb. Julio R. COMADIRA, «Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de expropiación», en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, en pp. 416 y ss.; para el caso de España: M. Consuelo ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, Madrid, 1999; A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985; Julia CELDRÁN RUANO, *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de leyes: aproximación histórica y significado actual*, Univ. de Murcia, 1996; GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, obra cit., 1993, t. II, p. 379 y ss.; F. GARRIDO FALLA, «Sobre la responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, n° 118, 1989, p. 35 y ss.; F. GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 333 y ss.; J. L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Jurisprudencia contencioso administrativa*, Actualidad Editorial, 1994, pp. 119 y ss.; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47 y ss.; JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (una visión de conjunto)*, M. Pons, Madrid, 1999; los trabajos de LEGUINA VILLA, «La responsabilidad del Estado legislador» y de VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «La responsabilidad del Estado legislador» en *Cuadernos del Poder Judicial. Expropiación forzosa*, Madrid, 1992, p. 481 y 493; con particular interés debe verse J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La Teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», *RAP*, 1972, n° 68; para un resumen de la situación en Francia; Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, París, 1994; P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, París, 1969; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Dalloz, París, 1996, pp. 157 y ss; tamb. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, París, 1993, t. I, p. 1091-1098; VEDEL y DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, cit., p. 630 y ss.

dad del Estado-Legislador³³ y del Estado-Administrador. En todo caso, las normas específicas son bienvenidas pues las mismas también van a fungir como una suerte de llamado o de estímulo (entiéndase mandato categórico) para el resuelto desarrollo de la responsabilidad por el funcionamiento, esencialmente anormal, del servicio público de la justicia, precisamente una de las vertientes del instituto resarcitorio menos desarrolladas en nuestro país, a diferencia del Derecho Comparado donde se observan importantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

Pues bien, veamos el contenido de las referidas normas de la Constitución de 1999 relativas, en concreto, a la responsabilidad del Estado-Juez. Al margen del artículo 26 que expresamente se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva y a que «El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, *responsable*, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles», dos son los artículos que es menester identificar en este campo, a saber, los artículos 49 y 255, los cuales señalan, en lo que aquí toca destacar, lo siguiente:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:...

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

Artículo 255. (...) Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Como puede verificarse de una mera lectura de las anteriores normas, la nueva Constitución de 1999 no ha dudado en otorgar, de forma clara y sin rodeos, la más decidida consagración de la responsabilidad del Esta-

³⁴ Sobre el tema de la responsabilidad del Estado-Juez hemos tenido oportunidad de dedicar unos muy breves análisis, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 580 y ss. Para un estudio completo del tema, es necesario acudir a una amplia bibliografía. Así, además de los estudios generales citados *supra* en el pie de página núm. 3, pueden consultarse los siguientes trabajos: PH. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, París, 1956; Pierre BON, «La responsabilidad por actos del poder judicial en Francia», en la obra colectiva dirigida por J. Barnes intitulada *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 989 y ss.; M. BERMÚDEZ MUÑOZ, *Responsabilidad de los jueces y del Estado*, Ed. Librería del profesional, Bogotá, 1998; M. CAPPELETTI, «Qui custodia custodes?», en su libro *Le pouvoir des juges*, París, 1990; E. COBREROS MENDOZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la*

do-Juez³⁴ en nuestro país, lo que igualmente queda ratificado por previsiones —de rango constitucional³⁵— de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos³⁶. Ya era hora, pues, de que vista la desidia jurisprudencial y doctrinaria el propio Constituyente diera este primer paso, bastante firme por cierto, en una de las instituciones más sanas para estimular el mejor funcionamiento del servicio público de la justicia.

Ante todo, para aclarar desde temprano eventuales dudas, debe señalarse que la responsabilidad del Estado-juez es y debe ser una responsabilidad «directa», en el sentido que el Estado —concretamente la República, patrimonio público responsable por las actuaciones del Poder Judicial— puede ser demandado directamente por las víctimas, tanto por las faltas puras del servicio como independientemente de las posibles faltas de los magistrados o funcionarios (las cuales, en todo caso, pueden poner en movimiento acciones de regreso del Estado contra éstos, pero sólo a título de opción de los particulares, acciones directas contra los funcionarios en caso de presencia de faltas personales de los jueces o magistrados,

Administración de Justicia, Civitas, 1998; AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1998, tomo 2, pp. XIX-39; JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (una visión de conjunto)*, M. Pons, Madrid, 1999; L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983; J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988; MOVILLA ÁLVAREZ, «La responsabilidad del Estado-Juez», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Expropiación forzosa*, Madrid, 1992, p. 437; J. M. REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, Colex, Madrid, 1995; G. SANTIAGO TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993; VICENZO VOGORITI, «La responsabilidad por actos del poder judicial en Italia», en la obra colectiva citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, 1995, pp. 1024 y ss. Vid. también, A. CANOVA GONZÁLEZ, «Comentarios al Proyecto de Reforma de la Constitución, con especial referencia a la responsabilidad del Estado-Juez», en *Rev. UCAB*, núm. 51, 1997, pp. 13 y ss.; VÍCTOR RAÚL DÍAZ CHIRINO, «La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento del servicio de justicia», Caracas, 1999, inédito; ELSY M. MADRIZ QUIROZ, «Responsabilidad del Estado-Juez según la nueva Constitución», Caracas, 2000; JOSÉ GREGORIO TORREALBA, «La responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia», Caracas, 2000, inédito.

³⁵ Artículo 23 de la Constitución de 1999.

³⁶ Por ejemplo, artículo 14, numeral 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

³⁷ En efecto, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del servicio de justicia, como en el resto de la responsabilidad del Estado, debe como regla absorber las posibles faltas personales —separables pero no desconectadas del servicio— de los agentes (jueces, magistrados y otros funcionarios auxiliares), normalmente insolventes frente a los considerables daños económicos que sus faltas pueden producir, ello no sólo con la finalidad de otorgar un patrimonio solvente a las víctimas sino también para lograr el necesario equilibrio entre la irresponsabilidad excesiva (generadora de excesos y

esto es, cuando se trata de faltas muy graves)³⁷. Frente a la víctima y su patrimonio afectado, es indiferente si la falta es resultado de una falta pura de servicio o de una falta impura de servicio (esta última resultado de un falta personal de funcionario la cual jurídicamente se desdoble en una falta de servicio), pues, desde una perspectiva objetiva, debe entenderse que es el «servicio público de la justicia» el que ha cometido el daño o funcionado anormalmente, anormalidad que puede ser el resultado de todo tipo de violación a las obligaciones del Poder Judicial, es decir, de todo tipo de título de imputación.

En este sentido, se notará que la propia Constitución coloca una serie de obligaciones y metas del Poder Judicial, las cuales (por ejemplo, arts. 26, 49 y 253 y ss.), en caso de incumplimiento, pueden configurarse como una falta de servicio susceptible de comprometer patrimonialmente al Estado. Adicionalmente, y obviamente a título enunciativo, la Constitución recuerda que entre las formas de imputación pueden estar el *error judicial*, el *retardo* y las *omisiones injustificadas*, todos posibles manifestaciones de la noción de funcionamiento del Estado-Juez.

Complementando el enfoque, puede afirmarse que la responsabilidad del Estado-juez abarca, por una parte, a las actividades jurisdiccionales (esencialmente en la actividad —e inactividad— de sustanciar y sentenciar, pudiendo ser hechos generadores de responsabilidad, por ejemplo, todo tipo de autos y sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, todo ello con independencia de la materia o campo, es decir, que no sólo se trata de sentencias en el campo penal —típica, a través de las decisiones de autos

arbitrariedad funcional) y la responsabilidad exclusiva (generadora de atrofia e inactividad de los funcionarios). Partiendo de los principios generales en la materia y con vista a una correcta interpretación constitucional, los particulares deben estar habilitados para demandar directamente al Estado, como ente público (la República), sin necesidad de tener que demandar previamente o conjuntamente a los jueces o magistrados. Tal posibilidad debe existir, como en efecto existe, pero sólo a título de opción de los afectados, ello con independencia de las acciones de regreso que sí puede ejercer el Estado contra sus jueces en caso de ser condenado a pagar daños y perjuicios por una falta personal (en su momento desdoblada en un falta de servicio).

³⁸ Sobre el importante tema de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por autos de detención seguidos de sentencia absolutorio, revocación o sobreseimiento, véase la bibliografía general citada anteriormente. Para algunas notas, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995. Adicionalmente, cf. LÉAUTÉ, «Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention abusive», *DS*, 1966, p. 61; E. PISIER-KOUCHNER, «La responsabilité de l'Etat à raison d'une détention provisoire et la loi du 17 juillet 1970», *AJDA*, 1971, p. 571; A. TOUFFAIT y L. AVERSENG, «Détention provisoire et responsabilité de l'Etat», *D.*, 1974, p. 26. Sobre el particular, debe recordarse que en Venezuela el reciente Código Orgánico Procesal Penal ha previsto expresamente la responsabilidad del Estado en materia de actuaciones materiales, autos, sentencias o decisiones penales, tales como los autos de detención, sistema interesante que debe conjugarse con la amplitud de las normas consti-

de detención³⁸, pero no exclusiva, manifestación del error judicial— sino de todo tipo de actividad judicial: civil, mercantil, laboral, tributaria, administrativa, constitucional, etc.). Por otra parte, la responsabilidad del Estado-Juez también puede originarse por actividades no propiamente jurisdiccionales pero relacionadas con tal función (por ejemplo: policía judicial, problemas relacionados con la instrucción, desaparición de dinero o objetos consignados en los tribunales, etc... que pueden atribuirse al resto del funcionamiento anormal del servicio de justicia o de Administración de justicia).

Retomando la perspectiva sustantiva, y si se revisa la doctrina³⁹ española —y en parte la doctrina argentina influida por aquélla—, se notará que es común el estudio de la responsabilidad del Estado-Juez a partir de una división temática, así: la responsabilidad por error judicial, por un lado, y la responsabilidad por funcionamiento anormal, por otro. Tal división, inspirada a partir de una distinción —en nuestra opinión aparente o artificial— contenida en el artículo 121 de la Constitución española de 1978⁴⁰, no viene impuesta por la Constitución venezolana de 1999, la cual luce aquí un poco más técnica y acertada. En efecto, nuestra Constitución no distingue expresamente entre error judicial y funcionamiento anormal, sino que simplemente se refiere, en sus artículos generales, a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración Pública y de los servicios públicos, de la Justicia en este caso, a lo cual se suman referencias, en los artículos específicos, a algunos posibles títulos de imputación de la responsabilidad del Estado-Juez y de los magistrados, mencionando entre algunos al error judicial, al retardo judicial y a las omisiones injustificadas, hechos generadores que indistintamente son manifestaciones de lo que puede denominarse el «funcionamiento» del Estado-Juez, en es-

tucionales. En efecto, el Código Orgánica Procesal Penal de 1999, en el Capítulo II, Título IX, « De los Efectos Económicos del Proceso», y en concreto en los artículos 244 al 288, contempla la responsabilidad del Estado en materia penal, lo que incluye responsabilidad en caso de revisión de sentencias —que tenga como consecuencia la absolución del reo— y en otros casos de privación de la libertad —como, por ejemplo, en materia de autos de detención— seguidos de una posterior declaratoria de «el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado».

³⁹ La referida distinción o bifurcación dogmática se observa también, por cierto, en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español, basada en la redacción del artículo 121 de la Constitución. Vid. E. COBREROS MENDOZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, obra cit.

⁴⁰ El contenido de dicho artículo 121 es el siguiente: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley».

⁴¹ Aunque obviamente la responsabilidad del Estado-Juez es, en esencia, una responsabilidad por falta o funcionamiento anormal (error judicial, retardo injustificado, omisión

pecial del «funcionamiento anormal»⁴¹. El error judicial de hecho o de derecho, pues, no es una institución diferente o diferenciable del funcionamiento anormal sino simplemente una forma o una manifestación de éste. En todo caso, al margen de tal aclaratoria dogmática, la cual no va más allá que eso pues en la práctica puede llegarse a resultados de efectividad y protección patrimonial similares desde ambas perspectivas, lo cierto es que en Venezuela la responsabilidad del Estado-Juez finalmente ha encontrado una sólida y amplia consagración, lo cual nos obliga a colocarlos, en lo que respecta al desarrollo de la institución, a niveles similares de los mejores sistemas del Derecho Comparado. En definitiva, cualquier tipo de funcionamiento anormal (y en ciertos casos funcionamiento normal) del servicio de justicia es susceptible de comprometer patrimonialmente al Estado, siendo supuestos comunes el error judicial, los retardos, las omisiones y la inactividad en general.

En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial por *error judicial*, se sostiene que el mismo puede ser de hecho o de derecho, pudiendo responder dicho error a numerosos factores, «entre los cuales se destacan la errónea apreciación de los hechos, el mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico o la utilización errónea de normas legales»⁴². En términos generales, «caerá en el ámbito del error judicial aquel daño que se produzca en una resolución judicial» en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, entendiéndose en principio por resolución a las «providencias, autos y sentencias»⁴³, lo que, por supuesto, abraza a los autos o sentencias definitivas o interlocutorias, incluso, por supuesto, las decisiones (de otorgamiento o de denegación injustificadas) sobre medidas cautelares⁴⁴.

En todo caso, parece razonable entender, para lograr un equilibrio en la responsabilidad del poder judicial y evitar una desnaturalización de la función judicial, así como considerando el grado considerable de dificultad —y el consecuente margen de flexibilidad necesario— que el error

injustificada, etc.), no debe descartarse la procedencia, en ciertos casos excepcionales, de la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular (quizás aplicable, por ejemplo, a ciertos supuestos de autos de detención preventiva, ciertas medidas cautelares e, incluso, retardos justificados).

⁴² G. SANTIAGO TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, obra cit., p. 57.

⁴³ E. COBREROS MENDOZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, obra cit., p. 24.

⁴⁴ Para algunas reflexiones sobre este particular tema de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez en materia de medidas cautelares, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Ed. Sherwood, 1999, pp. 623 y ss.

susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado sea, en principio, un error grave o manifiesto, esto es, que el régimen de responsabilidad en estos casos debe estar sometido como tendencia —aunque no absoluta— a *standards* altos de anormalidad funcional⁴⁵, bien que, como es normal, la idea de *standard* conlleve a las ideas de variabilidad según las especies concretas y posibilidad de aplicación de *standards* bajos de anormalidad funcional⁴⁶. En todo caso, siguiendo a REYES MONTERREAL y a Santiago TAWIL, puede decirse que en principio el error judicial capaz de acarrear responsabilidad del Estado se producirá cuando «del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, por una parte y, por la otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte *manifiesta* la materialidad de la equivocación»⁴⁷.

El concepto de error grave (principal forma o expresión del error judicial) es un concepto objetivo, en el sentido de que su verificación depende del análisis de los elementos objetivos mencionados, no siendo necesaria la búsqueda de conceptos subjetivos como un obrar malicioso o el dolo⁴⁸, conceptos que, en todo caso, tendrán mayor relevancia para la

⁴⁵ Sobre la apreciación y variabilidad del funcionamiento anormal en la responsabilidad del Estado —o, si se prefiere, de los niveles o grados de error en la actividad de la Administración (adaptables a la Administración de Justicia)—, véase, Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, cit., 1995, pp. 277-292, 300 y ss. En lo que respecta al funcionamiento anormal del servicio de justicia, la regla —de cierta flexibilidad en nuestra opinión y de previsibles excepciones— podría ser la de los niveles altos de anormalidad en función del tipo de actividad en juego. Sin embargo, como es sabido, el tipo de actividad es sólo un *standard* más, el cual debe conjugarse con muchos otros a ser analizados y detectados según las particularidades de cada submateria y de cada caso concreto. De hecho, son imaginables algunas sub-materias en las cuales podría más bien proponerse los niveles bajos de anormalidad funcional o, incluso, la responsabilidad sin falta o por sacrificio (como por ejemplo, en materia de autos de detención o en algunos casos excepcionales de inejecución lícita de sentencias).

⁴⁶ Vid. Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, París, 1978.

⁴⁷ J. M. REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, obra cit., p. 23; G. SANTIAGO TAWIL, *La responsabilidad del Estado...*, obra cit., p. 59.

⁴⁸ Idea también ratificada por la doctrina, por ejemplo, G. SANTIAGO TAWIL, *La responsabilidad del Estado...*, obra cit., pp. 59 y ss.

⁴⁹ En nuestro parecer, el problema de la responsabilidad estrictamente personal de los jueces y magistrados, puede resolverse dentro del marco general de las «faltas personales» (*faute personnelle*) de los funcionarios, cuyas consecuencias, paralelismo y funcionalidad respecto a la responsabilidad de la Administración ya hemos analizado en detalle en otro lugar, a donde una vez más remitimos, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 589. Como complemento, en lo que toca al derecho venezolano, cf. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, Funeda-EJV, Caracas, 1997, pp. 310 y ss. En todo caso, más adelante en este artículo haremos algunas referencias al tema.

configuración de la responsabilidad personal de los jueces y magistrados⁴⁹, responsabilidad esta última que no debe confundirse con la responsabilidad directa del Estado, la cual coexiste con aquélla.

Por otra parte, en lo que respecta a otras manifestaciones del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia distintas al error judicial, los supuestos son ilimitados. Sin duda, la causa principal está llamada a ser el *retraso o retardo judicial* en decidir, retraso susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado⁵⁰ que ciertamente «puede producirse en cualquier fase del procedimiento»⁵¹, lo que incluye, a grandes trazos, desde decisiones a nivel del acceso o de admisibilidad —incluso antes—, pasando por todo el *iter* procedimental (cautelares, notificaciones, citaciones, cuestiones previas, pruebas, informes, etc.), hasta la etapa de decisiones definitivas y, por supuesto, de ejecución de sentencias. Dentro de este amplio espectro se incluyen etapas o decisiones de aparentemente menos dañinas pero en muchos casos origen de grandes retrasos, como son la solicitud de expedientes administrativos, nombramiento de suplentes, envío de los expedientes entre tribunales o salas, homologaciones, etc. La ineficacia judicial, pues, puede ser sufrida por los particulares en cualquier etapa del procedimiento, a veces en todas, incluyendo la de ejecución de la sentencia —quizás la más frustrante—, facultad de ejecución *judicial* que la Constitución⁵² no ha olvidado en considerar como propia de los tribunales —buen recordatorio, por cierto, para el juez contencioso administrativo, bastante tímido en este campo.

⁵⁰ Tal como lo escribe G. SANTIAGO TAWIL (*La responsabilidad del Estado...*, obra cit., p. 77), «una de las más graves» formas de anormal funcionamiento es la demora en la tramitación o resolución de las actuaciones judiciales: «Si bien no es por lo general esta demora la causa directa e inmediata del perjuicio producido al particular (al resultar comúnmente éste consecuencia de la conducta u omisión en virtud de la cual se ha solicitado el auxilio judicial), la falta de prestación adecuada de auxilio petitionado en debido tiempo y forma (de resultar éste ordinariamente apto para remediar el perjuicio) generará asimismo responsabilidad al haber asumido el Estado en forma exclusiva la carga de prestar en debida forma justicia».

⁵¹ E. COBREROS MENDOZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, obra cit., p. 44. También para este autor, el retraso judicial es «la especie más clara e indiscutida de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (*idem.*, p. 36), manifestación de anomalía que efectivamente ha sido considerada como título suficiente para comprometer la responsabilidad administrativa en la jurisprudencia europea, tanto nacional como comunitaria.

⁵² El derecho fundamental a la ejecución de sentencias, además de ser reflejo directo del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 26, 49, 257 y 259), ha sido expresamente recordado en el artículo 253 de la Constitución de 1999. Todos los jueces, pues, incluyendo a los contencioso administrativos, están llamados a asumir una firme y decidida actitud para ejecutar o hacer ejecutar directamente sus sentencias.

El retardo judicial, pues, indiscutiblemente será un importante supuesto de responsabilidad del Estado-Juez. En todo caso, para que el retraso en decidir por parte de los tribunales se configure en un supuesto de funcionamiento anormal, debe tratarse de un retraso en decidir dentro de un «plazo razonable», *standard* que deberá determinarse *in concreto* en función de las circunstancias y elementos de la especie concreta. Así, no siempre la violación de los plazos legales establecidos —en el CPC, por ejemplo— será funcionamiento anormal. Tales plazos, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial, deben ser sólo una referencia —importante por supuesto, pero no inflexible— para la determinación de la normalidad o anormalidad del funcionamiento del servicio de la justicia, determinación estrechamente ligada a las particularidades de cada caso, de cada expediente.

En lo que toca a las omisiones injustificadas, son infinitas las situaciones que pueden subsumirse en tal noción. Caben, pues, todo tipo de omisiones *in procedendo*, como omisiones administrativas. Por sólo dar algunos otros ejemplos, y además de algunos retardos perpetuos asimilables a la llana omisión, piénsese en casos de omisiones en el correcto manejo de los expedientes —incluyendo la pérdida de los mismos—, omisiones de vigilancia de los juzgados y consecuentes robos, omisión de ejecutar sentencias, omisiones de datos en las sentencias o errores en el señalamiento de bienes a ejecutar, etc. A todo lo anterior, meros ejemplos entre un universo de posibilidades, debe sumarse una variante de la omisión injustificada cuya habitualidad exige su mención aquí, y que quizás merezca hasta un profundo estudio doctrinario, como lo es la omisión temporal —absoluta o parcial— del funcionamiento de los tribunales por motivo de las huelgas⁵³. Finalmente, valga señalar que aun cuando la Constitución habla —a título enunciativo debe entenderse— de omisiones injustificadas, supuesto que se desdobra en una forma de funcionamiento anormal, no debe descartarse la procedencia de responsabilidad del

⁵³ No vamos a entrar, por lo pronto, en las complejidades de este tema (entre ellas, las de la tipología —por funcionamiento anormal o sin falta— de la responsabilidad, la de los patrimonios públicos responsables —Estado Juez o Administrador—, la de los daños, etc.). Baste decir que en muchos casos tal ausencia de funcionamiento —mucho más en las huelgas prolongadas— del servicio de justicia debe ser estimado como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, pudiendo las víctimas que sufran daños concretos exigir indemnización.

⁵⁴ Vid. LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 171 y ss. Tamb. M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ PONTÓN, JOSÉ, *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo*, Barcelona, 1999, pp. 119 y ss.

Estado-Juez por omisiones justificadas, como puede ocurrir, aunque muy excepcionalmente, en materia de inejecución lícita de sentencias⁵⁴ por muy particulares e insoslayables razones de interés general, casos en los cuales lo procedente es la indemnización compensatoria del afectado.

2. Ratificación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios. Interrelación con la responsabilidad de los entes públicos

En segundo lugar, y cambiando un poco de tema —aunque exista conexión—, queremos hacer mención a algunas de las normas de la Constitución de 1999 relativas a la *responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos*. Entre éstas, como hemos mencionado, se encuentran los artículos 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285, de los cuales cabe destacar los siguientes:

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 139. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Como puede verse, paralelamente a la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, la Constitución de 1999 también ha previsto la responsa-

⁵⁵ Sobre la doctrina de las faltas personales y su significado ya nos hemos pronunciado en detalle en otro lugar, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 595 y ss. Sobre el tema, existe infinidad de bibliografía, por lo que sólo mencionaremos algunos estudios: vid.; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1471 y ss.; F. GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 355 y ss.; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, París, 1993, t. I, p. 1106 y ss.; P. COT, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, Th., París, 1922; G. DARCY y M. PAILLET, «La responsabilité administrative», en *Droit public*, París, 1989, t. II, en especial p. 510-534; DOUC-RASY, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif*, París, LGDJ, 1963; CL. GOUR, «Faute de service», en *Encyclopédie Dalloz de Responsabilité de la puissance publique*, n° 5 y ss.; GUILLAUME-HOFNUNG, *Problèmes théoriques relatif au régime des poursuites dirigées contre des fonctionnaires*, Th., París 2, 1979 y también «La falta personnelle du fonctionnaire: extinction d'un centenaire?», *Droits*, 1987, n° 5, p. 97; J.C.

bilidad de los funcionarios. No vamos a ahondar en detalles sobre este hermoso tema⁵⁵, no muy complejo por cierto pero cuya comprensión requiere el manejo adecuado —y actualizado— de la doctrina comparada, en especial la francesa (expresamente aceptada —aunque no siempre bien entendida— por nuestra jurisprudencia en este campo), doctrina que se ha encargado de articular apropiadamente este problema.

Para hacer corto un tema largo, sea suficiente con señalar que si bien la responsabilidad de la Administración es —y esto refleja una exigencia constitucional— una responsabilidad «directa», ello no quiere decir que los funcionarios sean irresponsables. Los funcionarios, a título personal, también pueden ser patrimonialmente responsables por sus faltas personales cometidas en el ejercicio de su función pública. Ahora bien, la cuestión está en saber, y para ello puede echarse mano de la doctrina de las faltas personales, cuando hay falta personal o, lo que es lo mismo, en saber cuándo la falta de un funcionario es o no es «separable» del servicio; y en saber, cuándo una falta personal, aun siendo separable, no está totalmente desligada o desprovista de todo nexo o lazo con el servicio. Y, finalmente, en conocer cuáles son las consecuencias contencioso administrativas de tales distinciones y relaciones.

La primera versión de la tesis de las faltas personales, versión inicial ya ampliamente superada desde hace más de un siglo, fue analizada con la vieja sentencia *Pelletier* del Consejo de Estado francés dictada en 1873, en la cual se estimó que la falta personal y la falta de servicio eran nociones excluyentes, o había falta personal —teniendo la víctima solamente acción contra el agente— o había falta de servicio —teniendo el agente solamente acción contra la Administración. En esta injusta perspectiva, la noción de falta personal equivalía a irresponsabilidad de la Administración, y la noción de falta de servicio equivalía a responsabilidad de la misma. Pero inmediatamente después la práctica y los mejores análisis

HENAO PÉREZ, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990*, cit., t. I, p. 204-251; A. DE LAUBADÈRE, J.C. VÉNÉZIA y Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 1992, cit., p. 812 y ss.; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1990, n° 2, 26, 36, 53, 75 y 83; M. LONG, «La responsabilité de l'Administration pour des fautes personnelles comises par ses agents à l'occasion du service», *EDCE*, 1953, n° 7, p. 80; J.C. MAESTRE, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, LGDJ, París, 1962; J. MOREAU, *Droit administratif*, París, 1990, p. 365-375; J. MOREAU, «Responsabilité personnelle des fonctionnaires et responsabilité de l'administration», en *Jurisclasseur-administratif*; G. VEDEL y P. DELVOLLÉ, *Le système française de protection des administrés contre l'administration*, París, 1992, p. 102 y ss.; M. WALINE, «De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier», *RDPF*, 1948, p. 5; PH. WECKEL, «L'évolution de la notion de faute personnelle», *RDPF*, 1990, n° 5, p. 1525-1558.

jurídicos mostraron la insuficiencia y las consecuencias perniciosas de tal perspectiva, por lo que el mismo Consejo de Estado, a golpe de nuevas sentencias dictadas a lo largo de un siglo, fue modificando y afinando la concepción hasta llegar en la actualidad a un sistema consistente, coherente y protector. Así, la jurisprudencia posterior aceptó la posibilidad de que junto a una falta personal de un funcionario pudiese haber una distinta falta de servicio las cuales se habían conjugado en la producción del daño, por lo que la víctima podía demandar por él a todo el servicio, al ente público, tesis que se conoce como la del *cumul de fautes* o cúmulo de faltas (CE, 3-2-1911, *Anguet*)⁵⁶. Pero para completar y mejorar aún más el sistema, la jurisprudencia daría otro gran paso al admitir que un mismo hecho pudiera constituir, a la vez, falta personal separable y falta de servicio, en la cual la falta personal del agente se «desdobla» en una falta de servicio, abriendo así la puerta al conocido sistema del *cumul des responsabilités* o cúmulo de responsabilidades (CE, 26-7-1918, *Lemonnier*)⁵⁷, sistema que vuelve a pulirse un buen tiempo después al reconocer la responsabilidad de la Administración inclusive por las faltas cometidas por los agentes fuera del servicio o en ocasión del mismo cuando estas faltas «no estén desprovistas de todo nexo con el servicio» o *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (CE, 18-11-1949, *Mimeur, Defaux et Besthelsemer*)⁵⁸, casos en los cuales el Estado, como ente público, puede ser demandado directamente a pesar de estar presente una falta personal del funcionario, con lo cual se crea un sistema justo y protector para las víctimas, quienes tienen la posibilidad de demandar a un patrimonio solvente.

El correcto entendimiento de esta doctrina de las faltas personales, doctrina aceptada expresamente por nuestra jurisprudencia⁵⁹, supone comprender que, hoy día, la noción de falta personal no es sinónimo de ex-

⁵⁶ *Rec.*, 146, GAJA, n° 26.

⁵⁷ *Rec.*, p. 761, GAJA, n° 36 —con las célebres conclusiones de L. BLUM diciendo que «quiza la falta se separa del servicio... pero el servicio no se separa de la falta».

⁵⁸ *Rec.*, p. 492, RDPF, 1950, p. 183, GAJA, n° 75.

⁵⁹ Así, por ejemplo, en sentencias de la CSJ-SPA de fechas 14-11-63 y 5-2-64, así como en decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 14 de diciembre de 1989 (caso *Desarrollos Tercera Avenida —El Monstruo de Los Palos Grandes—*), expresamente se menciona y se acoge la doctrina de las faltas personales francesa, aunque lamentablemente se aplicó mal, pues para hacer irresponsable al ente público y postular la responsabilidad exclusiva del funcionario, se utilizó la misma en su versión inicial reflejada en el caso *Pelletier* decidido por el CE en 1873, versión superada como hemos visto. Sin embargo, afortunadamente la jurisprudencia parece haber corregido el rumbo, tal como se desprende de la sentencia posterior de la CSJ-SCC de fecha 19-03-1996 (caso *Getulio Romero-Boris Planchart*) en la cual se presenta la doctrina de las faltas personales en su versión actual, que es la adecuada y constitucionalmente pertinente. Todas estas decisiones pueden consultarse en Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., 1996, pp. 310 y ss.

clusión de responsabilidad del Estado, pues en realidad —y así debe ser— tal falta personal puede también comprometer la responsabilidad del servicio cuando dicha falta personal del agente concorra o se vea superpuesta o doblada por una falta de servicio y aun cuando la misma, habiendo sido cometida fuera del servicio, no esté totalmente desligada del servicio. Solamente, pues, cuando la falta personal aparezca totalmente desligada del servicio —lo que sucede en muy pocos casos— es cuando realmente la Administración es irresponsable, siendo responsable solamente el funcionario. En una frase: la falta personal puede —salvo en el caso límite de la falta personal pura— implicar también la responsabilidad del Estado, vista la conexión de dicha falta personal con el servicio público. Dicho de otro modo, *un mismo hecho*, configura una falta personal del funcionario y a la vez —dada la conexión con el servicio— compromete la responsabilidad del Estado (sin que ello, se insiste, sea óbice para que éste repita luego contra el funcionario).

No hay que confundir, pues, la cuestión de la «separabilidad» (de la falta del funcionario con el ejercicio de sus funciones: problema que permite detectar la existencia de una falta personal del funcionario por la cual el agente podrá ser responsable ante la víctima y/o ante la Administración) con la cuestión de la «desconexión» (de la falta personal del funcionario con el funcionamiento del servicio o con una simultánea o paralela falta del servicio: problema que permite saber si la Administración debe responder también frente a la víctima). En otras palabras, si bien toda falta personal es una falta separable, resulta que no todo falta separable está desconectada con el servicio (caso de las faltas personales impuras). Hay, pues, que distinguir dos tiempos o nociones (el de la separabilidad y el de la conexidad), aun cuando frente a la víctima ello pueda resultar irrelevante, pues frente a ésta la falta, sustantiva y procesalmente, la falta puede presentarse como un todo único (es el servicio, objetivamente ha-

⁶⁰ En efecto, desde el punto de vista de las relaciones triangulares, esto es, víctima-Administración-agentes, y concretamente desde la perspectiva de la víctima, cuando hay conexidad entre una falta personal y una falta de servicio (siendo la Administración y el funcionario responsables solidariamente, o sea habiendo «cúmulo de responsabilidades»), la falta aparece diluida en un todo único. En efecto, como escribe PH. WECKEL (*L'évolution de la notion de faute personnelle*», *RDPP*, 1990, n° 5, p. 1544), «se dirija el demandante ante la Administración o a su agente, es siempre de la violación de la misma obligación de la cual él se queja. Frente a él, las obligaciones del servicio público y aquellas que pesan sobre el agente coinciden. La idea de que pueda haber obligaciones puramente funcionales y otras puramente civiles asumidas por los agentes públicos en sus relaciones con los terceros es una ficción... Solamente hay una falta. La misma falta, pudiendo separarse por alguna parte de la función, por ejemplo en razón del interés personal perseguido por el autor, sigue estando sin embargo suficientemente conectada al servicio si éste le da la ocasión de cometerla». En cambio, desde el punto de vista de las relaciones bilaterales, es decir, solamente en lo que toca a las relaciones Administración-agentes, la falta que

blando, el que ha fallado), pudiendo siempre demandar directamente al servicio y, opcionalmente, al funcionario⁶⁰.

En todo caso, en torno a la relación separabilidad-conexión, y con vista a la identificación de las faltas personales, suele hacerse mención —al menos histórica— a la célebre fórmula del gran jurista LAFERRIÈRE, según la cual «hay falta de servicio si el acto dañoso es impersonal, si tal acto muestra a un administrador más o menos sujeto a error». En cambio, la falta personal muestra «al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias»⁶¹. Sin embargo, a pesar de su belleza tal fórmula también conocida como la «doctrina de las pasiones personales», no es un criterio de distinción preciso, sino solamente una silueta que simplemente muestra el «espíritu de la distinción» (R. CHAPUS), fórmula que por lo demás solamente refleja correctamente el plano de la «separabilidad» o *détachabilité* de la falta del funcionario con su función, mas no necesariamente el problema distinto de la «conexión».

En este sentido, y con vista a la correcta interpretación del contexto separabilidad-conexión, será necesario utilizar una técnica de espectro más amplia, la cual permita visualizar la correcta medida de los lazos funcionales de la actuación del funcionario. En otras palabras, para poder calificar la falta del funcionario será necesario estudiar los casos concretos y apreciar los elementos —circunstanciales, teleológicos e instrumentales— que rodean al hecho dañoso, los cuales, según el grado de «densidad» serán o no capaces de «separar» o no y, al mismo tiempo, de «conectar» o no a tal hecho con la función pública. Así, según la consistencia de los elementos funcionales, podrán haber faltas puras de servicio, faltas puras personales y faltas personales separables pero no desconectadas del servicio o faltas personales separables puras.

provocó la indemnización de una víctima no es una falta única indisociable. Al contrario, ella puede decorticarse para repartirse finalmente entre ellos —entre la Administración y su agente—, el respectivo peso de sus faltas, para lo cual están las acciones de regreso. En fin, pues, como dice el mismo PH. WECKEL, ciertamente «la falta personal que aparece en las relaciones entre la Administración y su agente no es, en general, la misma que aquella de la cual se valió la víctima para obtener reparación». En una frase, la falta personal separable que tiene nexos con el servicio es una «falta a doble efecto» (GOUR, J.M. AUBY), pues ella hace responsable al agente —ante la víctima y ante la Administración— y al mismo tiempo hace responsable a la Administración, todo sin que se afecte el contenido mismo de la noción de falta personal la cual puede detectarse según los criterios tradicionales.

⁶¹ *Traité de la juridiction administrative*, París, 1896, t. I, p. 648.

⁶² Véanse los trabajos citados *supra*. En especial el formidable estudio de PH. WECKEL, «L'évolution de la notion de faute personnelle», *RDPP*, 1990, n° 5, p. 1525-1558, *Loc. cit.*, p. 1546 y ss.

Dentro de este juego de investigación, y tal como ha sido profundamente estudiada por la doctrina⁶², puede decirse que tres elementos funcionales principales es posible identificar: el lazo circunstancial (tanto espacial, como especialmente temporal, esto es, saber si el funcionario estaba o no en servicio, o, mejor, si la falta se produjo «durante» el servicio); un lazo instrumental (esto es, si el funcionario hizo uso de los medios —materiales o no— del servicio o si usó medios personales); y un lazo teleológico (esto es, saber si el funcionario actuó para las necesidades del servicio o para fines personales). La combinación de tales elementos mostrará el grado de densidad o el diámetro del lazo funcional y, a la vez, permitirá identificar los tipos de faltas posibles y resolver el problema de la distribución de las cargas indemnizatorias⁶³.

Luego de determinado, bajo el enfoque múltiple mencionado, los niveles de separabilidad y conexión, es cuando puede pasarse a estudiar el asunto de las consecuencias contenciosas administrativas y de la repartición final de responsabilidades entre la Administración y dichos funcionarios, esquema actual resultado de una larga evolución —de una verdadera batalla jurisprudencial— ocurrida principalmente en Francia y cuyos afinamientos y frutos han sido y deben ser recogidos por muchos otros ordenamientos extranjeros, entre ellos, visto el marco constitucional, por Venezuela.

Pues bien, sin entrar en mayores detalles o precisiones, puede decirse desde una perspectiva general que el esquema de consecuencias contencioso (respecto a las *relaciones trilaterales Estado-funcionarios-víctimas*) debe quedar de la siguiente forma:

1. si el daño ocasionado tiene origen en una *falta de servicio pura* (supuesto importante en la cual no hay falta personal alguna) la víctima solamente podrá demandar al servicio y nunca al agente;
2. si el daño ocasionado tiene origen en *faltas personales puras* (es decir, aquellas desprovistas de todo nexo con la función pública del agen-

⁶³ Así, desde un enfoque general, puede decirse que varias combinaciones —y consecuencias de principio— son posibles: cuando los tres elementos están presentes, la falta será una falta de servicio pura; cuando hay ausencia de uno de los elementos, o sea, cuando hay dos elementos presentes, la falta será una falta personal impura, esto es, una falta personal separable pero no desprovista de todo nexo con el servicio —por lo que, frente a la víctima, sigue habiendo falta de servicio—; cuando solamente se presenta —muy débilmente— un solo elemento de los tres, o cuando ninguno de ellos está presente, la falta tendrá una tendencia a ser una falta personal pura (sin embargo, en casos extremos cuando hay solamente un elemento funcional —especialmente si es el elemento instrumental— podría darse una conexión suficiente con el servicio pudiendo darse una falta personal impura).

te), es el único responsable —en principio por ante los tribunales ordinarios⁶⁴— será el funcionario y no la Administración, supuesto bastante excepcional, por cierto;

3. en caso de existencia de nexo entre la falta personal separable y el servicio (*faltas personales impuras*)⁶⁵, la solución será la del cúmulo de responsabilidades (la responsabilidad solidaria de la Administración y el funcionario frente a la víctima, la cual tiene la opción de escoger contra quién presentará su demanda).

Adicionalmente, ya dentro del problema de las *relaciones bilaterales Estado-funcionarios*, podrían ser procedentes, según los casos, *acciones de regreso del ente público contra el funcionario*, a saber:

⁶⁴ En estos casos, la jurisprudencia ha sostenido que la acción en reclamación de daños y perjuicios dirigida personalmente contra un funcionario, debe ser interpuesta ante los tribunales civiles ordinarios (vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., 1996, pp. 342 y ss.). Sin embargo, somos de la opinión que cuando se demanden conjuntamente al Estado y al funcionario, la jurisdicción competente para conocer del asunto debe ser la contencioso administrativa. Esta solución, por cierto, puede apoyarse con el artículo 42, ordinal 17, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia relativo a las acciones conexas.

⁶⁵ En este caso, es menester hacer varias acotaciones, a saber: por una parte, supuesto mayoritario, puede haber conexión con el servicio cuando estamos ante una falta personal a doble efecto, esto es, cuando un mismo hecho se «desdobla» en falta personal y falta de servicio (CE, 26-7-1918, *Lemonnier*) o simplemente, siendo la fórmula más reciente (CE, 18-11-1949, *Mimeur*) y sin necesidad de evocar una falta de servicio desdoblada, cuando la falta personal «no esté desprovista de todo nexo con el servicio». Por otra parte, puede decirse que hay conexión con el servicio cuando una falta personal «se combina» con una diferente falta de servicio (hay dos hechos distintos) en la producción de un mismo daño —combinación que puede ser más o menos ficticia—. El supuesto, que no es otro que el del *cumul de fautes*, y cuyo caso está en la decisión *Anguet* (CE, 5-2-1911), ha tenido algunas aplicaciones posteriores, especialmente —y generalmente presumiéndolas— para las faltas de vigilancia. Como dicen los comentaristas de los *grands arrêts*, la jurisprudencia *Anguet* es «todavía vivaz» y sus principios siguen utilizándose, «paralelamente a las teorías más audaces expuestas en las sentencias *Lemonnier* y *Mimeur*» (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1990 p. 146). En todo caso, desde el plano de los derechos de la víctima, la anterior distinción no tiene efectos prácticos, pues trátase de una acumulación de una falta personal y de una falta de servicio, o trátase de una falta que se desdobla en falta personal y en falta de servicio, o haya una falta personal que no está desprovista de todo nexo con el servicio, las consecuencias son las mismas (la víctima tiene una *facultad de opción* o si se quiere el derecho de *escoger* libremente entre ejercer directamente una acción contra el agente (ante el juez ordinario) o ejercer directamente una acción contra la Administración (ante el juez contencioso-administrativo), pudiendo reclamar tanto al uno como al otro la «totalidad» de los daños, pues la responsabilidad debe ser aquí solidaria. Sin embargo, la referida distinción sí tiene relevancia en el plano de las relaciones bilaterales (Estado-funcionarios) y concretamente a nivel de las acciones de regreso.

1. si se trata de faltas de servicio puras, la Administración no puede reclamar patrimonialmente nada al funcionario luego de que aquellas ha sido condenada a pagar a un particular daños y perjuicios (de igual modo, si se trata de faltas personales puras, el funcionario no tiene acción de reclamación o regreso contra el Estado);
2. cuando hay faltas de servicio impuras (que es lo mismo que decir faltas personales impuras), esto es, faltas personales separables pero en conexión con el servicio, la Administración sí puede atacar a los funcionarios⁶⁶, pudiendo exigir la repetición de lo pagado, aun cuando

⁶⁶ Como sentencia líder en este sentido encontramos en Francia la decisión del Consejo de Estado francés en 28-7-1951 (caso *Laurelle*), en la cual se recuerda que «si los funcionarios y agentes de los entes públicos no son pecuniariamente responsables ante los dichos entes de las consecuencias dañosas de sus faltas de servicio, cosa distinta sucede cuando el daño que ellos han causado a los entes públicos es imputable a sus faltas personales» (Rec., 464, RDPF, 1951, p. 1087, GAJA, n° 83 —jurisprudencia que entierra definitivamente el incompleto régimen anterior que impedía en buena medida tales acciones de regreso, cuyo símbolo estaba en la jurisprudencia, *Poursines*, CE, 28-3-1924, Rec., p. 357, para el caso de un funcionario que había mandado a fusilar a un sospechoso; asimismo el camino de la jurisprudencia *Laurelle* había sido preparado por la doctrina, quien había criticado la antigua situación, p. ex., M. WALINE, «De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier», RDPF, 1948.1). Sobre el particular, y también haciendo eco de tendencia moderns, valga citar algunas ideas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ (en su Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid): «La Administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está, en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la Ley la faculta para actuar, en vía de regreso, y exigirle de forma unilateral y ejecutoria, sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada». En Colombia, la situación es similar y la jurisprudencia es constante en decir que si bien «la regla estriba en que las personas jurídicas de derecho público responden por los daños que sus agentes causen a terceros en su calidad de tales y en ejercicio o con ocasión de sus funciones», «es indudable que cabrá la acción de regreso contra el funcionario responsable en los casos de culpa, dolo o delito suyo...». (CE.Col, SP-CA, 16-12-1987, O. López y otros, exp. R-012, JCHP, t. I, p. 251. En Venezuela, la tesis de la responsabilidad directa del Estado pero con posibilidad de ejercicio de acciones de regreso entre la Administración y sus agentes, también encuentra respaldo en el bloque de principios y normas de valor constitucional que regulan el sistema de responsabilidad del Estado y los funcionarios, al cual nos hemos referido. Igualmente la doctrina patria postula tal solución, por lo demás apoyada por la doctrina (BREWER-CARÍAS, LARES MARTÍNEZ, ESCARRÁ MALAVÉ, entre otros). En definitiva, cuando un funcionario comete una falta personal que genera daños, los cuales tienen que ser asumidos por la Administración frente a los particulares, es lógico pensar en la procedencia de una acción de regreso contra el funcionario, lo cual, además del equilibrio patrimonial, tiene un efecto moralizador para los funcionarios. Sobre lo precedente, véase la bibliografía citada anteriormente en materia de responsabilidad de los funcionarios. Sobre el tema general de la reparación de daños causados al Estado, tema mucho más amplio y del cual lo aquí expuesto es sólo una pequeña manifestación, puede verse el libro de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedes, Barcelona, 1998.

quepa aquí hacer una subdivisión relativa al origen y al alcance de la indemnización: a) si se trata de faltas personales impuras que se desdoblán en falta de servicio (es decir, cuando un mismo hecho o «causa exclusiva» del daño se presenta, frente a la víctima, como una falta personal y falta de servicio al mismo tiempo, lo que en la terminología más reciente se denomina falta personal no desprovista de todo nexo con el servicio), en estos casos la solución es que el Estado puede reclamar al agente la totalidad de la suma que el ente público ha debido pagar a la víctima; b) si se trata de una acumulación de una falta personal y de una distinta falta de servicio (caso de los «efectos conjugados») a su vez dos situaciones son posibles: b.1) la primera, si se trata de una acumulación real de dos faltas que —en el sentido clásico de la decisión *Anguet*— se combinaron de verdad en la producción del daño, entonces debe operar una repartición proporcional de la carga indemnizatoria en función de la gravedad de las faltas respectivas imputables a la Administración y al agente⁶⁷ o a los agentes⁶⁸; b.2) la segunda, si se trata de una acumulación ficticia de dos faltas, —lo que sucede generalmente en los casos en que a la falta personal del agente se le suma una distinta falta de organización o de vigilancia del servicio, o también, como en el caso *Laurette*, cuando al mismo agente se le puede imputar no sólo la falta personal sino también la provocación de la distinta falta del servicio, en estos ca-

⁶⁷ En todo caso, nótese que, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia francesas, esta repartición se hace en función de la gravedad de las faltas y no tanto en función del grado de producción causal del daño, aunque haya que admitir que la distinción —cuando ella sea posible hacerla, pues puede que haya coincidencia— es difícil a realizar.

⁶⁸ En ciertos casos, puede que el daño por el cual la Administración ha tenido que pagar —o el que ella ha sufrido directamente— haya sido el producto de varias faltas personales de varios funcionarios coactores. En estos supuestos, en principio, tales funcionarios no son responsables solidarios frente a la Administración sino que ellos deben responderle proporcionalmente en función de la gravedad de sus respectivas faltas personales (principios admitidos en Francia por CE, 22-3-1957, *Jeannier, Rec.*, p. 196, concl. KAHN, *AJDA*, 1957, 2, p. 186; 19-6-1959, *Moritz, Rec.*, p. 377, *AJDA*, 1959.II.304, nota DRAGO; tamb. CE, 18-11-60, *Tilhaud, Rec.*, p. 363, *AJDA*, 1960.I.189).

⁶⁹ Sin embargo, una aplicación indebida o excesiva de esta tesis (que supone poner toda la carga sobre el agente, lo que resalta el carácter disciplinario de la cuestión) puede llevar a soluciones muy severas, por lo que quizás en ciertos supuestos (como cuando el carácter ficticio de la falta personal no aparezca muy marcado y lo mismo para cuando la inducción del mismo agente a la falta del servicio no sea tan evidente) sea aceptable admitir la repartición de las responsabilidades —para evitar así el riesgo de paralización o merma de las buenas iniciativas de los funcionarios públicos—; solución, por cierto, propuesta por KAHN en el caso *Jannier* (CE, 22-3-1957) para evitar esta especie de «presión» sobre los funcionarios que puede a veces resultar «odiosa» —sin embargo, en la especie, el comisario o proyectista KAHN, no fue seguido por el Tribunal, lo que, claro está, no le quita la fineza al argumento ni su posible aplicación posterior. De hecho, algunos anuncios pueden encontrarse (CE, 6-5-1966, *Chedru, Rec.*, 310 —excluyendo para la evalua-

sos la Administración puede, en principio, reclamar al agente la integralidad de los daños por ella sufridos⁶⁹.

El tema —no desprovisto de complejidades— de las acciones de regreso, tema relativo al «funcionamiento interno» de los servicios públicos y sus funcionarios, es de suma importancia, no sólo para lograr una justa repartición de la carga indemnizatoria y un equilibrio patrimonial Estado-funcionarios, sino sobre todo visto su efecto moralizador y disciplinario respecto de los funcionarios públicos, los cuales no pueden ser acostumbrados a su impunidad. La cuestión de las acciones de regreso de la Administración contra sus agentes o funcionarios —y de éstos contra aquélla— debe caer, vista su naturaleza pública y por razones prácticas, en la competencia del juez contencioso-administrativo⁷⁰, tal como sucede en el derecho comparado⁷¹.

En definitiva, la efectividad del sistema de las acciones de regreso o *récursaires* que posee la Administración y el grado de moralización que las mismas puedan provocar sobre los funcionarios, dependerá en gran medida de la misma Administración, quien debe ser diligente y rigurosa a la hora de volverse contra sus agentes por las indemnizaciones que ella ha debido otorgar a los particulares por faltas personales de dichos agentes. El sistema está montado para funcionar permitiendo el equilibrio deseado (garantía de los ciudadanos-moralización de la función pública) y, de hecho, puede decirse que en la práctica funciona en los países desarrollados, aunque su mejoramiento y efectividad reales sólo será posible con una decidida actitud de la Administración a la hora de ejecutar la facultad de repetir contra los funcionarios.

ción de los daños sufridos por la Administración el tener que pagar pensiones y gastos de hospitalización cuando los mismos funcionarios resultaron heridos por sus faltas personales).

⁷⁰ En la práctica, la jurisdicción contencioso-administrativa entrará en juego no para autorizar a la Administración contra su agente —pues ello, en principio, pareciera innecesario visto el poder de autotutela del Estado—, sino, por ejemplo, cuando el agente esté en desacuerdo —total o parcial— de lo que quiere imponérsele de forma unilateral. Ahora bien, cuando el funcionario esté en desacuerdo con tal cuestión, y porque además las sentencias que condenan a la Administración a título de cúmulo de responsabilidades no tienen fuerza de cosa juzgada frente al funcionario, resulta entonces que éste, con ocasión de la acción de regreso o *récursaire*, puede discutir ante el juez administrativo tanto la evaluación de la indemnización como la totalidad de la responsabilidad (inclusive, éste también puede acudir al juez en los casos en que la Administración se las arregle amigablemente con la víctima).

⁷¹ En este sentido, p. ex., CE, *Laurelle y Delville*, cit.; también, p. ex., confirmando la solución, TC, 26-5-1954, *Moritz, Rec.*, p. 708; y Cass. Civ., 21-10-1957, *Siles, AJDA*, 1958.II.45.

Finalmente, está el tema de las *acciones del funcionario contra el Estado*, sobre lo cual también cabe distinguir. Por un lado, está el caso de acumulación de faltas⁷², supuesto natural de este tipo de acciones de regreso. En efecto, en principio el funcionario sólo puede ejercer una acción de regreso contra la Administración en los casos de acumulación de faltas (una falta personal y otra, diferente, falta de servicio) y no en los casos de mero cúmulo de responsabilidades (esto es, en caso de faltas personales a doble efecto o faltas personales no desprovistas de todo nexo con el servicio, donde, en el plano de las relaciones bilaterales, el agente debe soportar la totalidad de la carga indemnizatoria definitiva). Asimismo, puede agregarse que aun en los casos de faltas acumuladas el agente o funcionario podría cargar también con todo el peso indemnizatorio final —no siendo procedente una acción de regreso—, en los casos en que visible y claramente aparezca el hecho de que la falta de servicio —como a veces puede suceder con las faltas de vigilancia— era una falta de servicio ficticia. En cambio, se insiste, cuando haya una acumulación real de una falta personal con una de servicio, el agente podrá repetir contra la Administración, acudiendo, si es necesario, ante el juez contencioso-administrativo, quien repartirá las cargas pecuniarias en función de la gravedad de las respectivas faltas, la personal y la de servicio⁷³. En estos casos, en principio, el juez contencioso-administrativo no queda sujeto a la sentencia civil en lo que toca la evaluación global de los daños y a la repartición de cargas entre la Administración y el funcionario⁷⁴, independencia y autonomía del juez contencioso administrativo también

⁷² CE, 28-7-51, *Delville, Rec.*, p. 464, *GAJA*, n° 83. En la especie se trataba de un chofer de un ministerio, el cual había sido condenado por los tribunales civiles a reparar la integralidad de los daños originados en un accidente que el funcionario había ocasionado por conducir en estado de ebriedad (falta personal). Pues, si bien lo anterior era, frente a la víctima, justo y posible dada la solidaridad de la responsabilidad, lo que no era justo era que tal funcionario tuviera que soportar toda la carga indemnizatoria definitiva, pues el accidente se había debido también al mal estado en que se encontraban los frenos del vehículo (falta de servicio). Habiendo, pues, una acumulación de faltas, el agente intentó una acción de regreso contra la Administración para recuperar parte de lo que había tenido que desembolsar, acción que fue declarada admisible y también, en la especie, procedente —el Estado tuvo que pagarle al funcionario la mitad de lo indemnizado a la víctima.

⁷³ P. ex. también CE, 19-12-1969, *Houdayer, Rec.*, p. 601.

⁷⁴ La posibilidad de una acción contra la Administración y reglas similares a las señaladas deben estimarse aplicables cuando el coautor del daño no es ya un funcionario sino un simple particular (CE, 30-5-1947, *Soulié* y 26-5-1948, *Cie la Préservatrice*, D., 1949, J, 30; 16-3-1962, *Cie L'Urbaine et la Seine*, *AJDA*, 1962, p. 291 y 320).

⁷⁵ Para unas breves notas sobre esto, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 595 y ss. Para un estudio profundizado sobre las relaciones entre responsabilidad del Estado, juez contencioso administrativo y el juez penal y el alcance de la cosa juzgada, véase el libro de MIGUEL CASINO RUBIO, *Responsabilidad del Estado y delito*, M. Pons, Madrid, 1998.

predicable, en principio, frente a la jurisdicción penal a la hora de determinar los delitos de los funcionarios⁷⁵.

Por otro lado, está el supuesto de una condena patrimonial por error de un agente o funcionario por una falta de servicio pura⁷⁶. Como ya hemos visto, en estos casos —al no haber falta personal de su parte—, no pueden ser implicados patrimonialmente los funcionarios, sino exclusivamente el servicio. Así, cuando por error un tribunal civil condene a un agente a indemnizar a un particular, por haber considerado que el agente había cometido una falta personal cuando en realidad —según los parámetros del juez contencioso-administrativo— el daño provenía de una falta de servicio pura (lo mismo para cuando la Administración va directa y ejecutoriamente contra el agente por unos supuestos daños originados en una falta personal del mismo; si el agente no está de acuerdo, pues estima que el daño tiene causa en una falta de servicio, entonces puede ir a discutir la cuestión ante el juez contencioso-administrativo), en estos casos en principio el funcionario podrá repetir contra el Estado por la totalidad de la indemnización que tuvo que cancelar al particular.

3. Insistencia constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por violación de derechos humanos

En tercer lugar, y aunque el grado de especificidad del tema también es bajo, queremos destacar el particular interés que la Constitución de 1999 ha dedicado a la *responsabilidad patrimonial del Estado por violación de derechos humanos*. Obviamente que tal vertiente indemnizatoria tiene fundamento primario en las normas matrices y generales de la responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 26, 49, 140 y 259), por lo que las normas concretas de la Constitución de 1999 en la materia deben ser consideradas simplemente como un llamado adicional, un refuerzo justificado por la sensibilidad e importancia particular del tema de los derechos humanos. Entre las normas concretas anunciadas, cabe comenzar acotando que el artículo 19 de la Constitución señala que

El Estado garantizará a toda persona... el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

⁷⁶ Vid., junto a los trabajos citados anteriormente sobre este tema, G. VEDEL, «L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service», *Mélanges Savatier*, París, p. 921.

En este sentido, el artículo 30 del mismo texto constitucional dispone lo siguiente:

El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Queda ratificada así, además de la fuerza normativa y superior de los derechos humanos y de la Constitución, el derecho de los particulares a ser debidamente indemnizados por el Estado en caso de infracción, por parte de los órganos y funcionarios del Estado, de sus derechos humanos, en su más amplia acepción. Además de remitir a los principios generales mencionados al analizar las normas principales o matrices en materia de responsabilidad del Estado, aquí aplicables, nos limitaremos a hacer algunos comentarios concretos.

Primero, que quizás una de las particularidades más relevantes de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia de violación de derechos humanos, y quizás la misma atención especial del Constituyente sobre el particular es prueba de ello, radica en la sensibilidad e importancia particulares del tema, lo que conecta con el problema de las relaciones entre ilegalidad-nulidad-falta-responsabilidad del Estado. Así, en lo que respecta al ya mencionado tema de los *standards*, parece aceptable entender, como punto de partida, que en materia de violación de derechos humanos el juez debe utilizar *standards bajos* de anormalidad funcional, esto es, que en principio cualquier violación de derechos humanos se configura como falta de servicio o un funcionamiento anormal susceptible de comprometer patrimonialmente al Estado⁷⁷.

Segundo, que no estamos seguros a qué se refiere el Constituyente cuando habla de que la indemnización será integral y que, en consecuencia, está «*incluido* el pago de daños y perjuicios». Varias explicaciones son posibles, entre ellas: i) un error de técnica legislativa, pues la noción de daños y perjuicios es ya suficientemente amplia para cubrir todo tipo de lesión patrimonial; ii) que la noción de indemnización no sólo puede que sea a título de compensación monetaria por daños y perjuicios, pudiendo ser procedentes indemnizaciones *in natura*; iii) que la noción de indemnización integral tiene aquí un contenido más amplio que el patri-

⁷⁷ Sobre este punto, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 312 y ss.

monial, esto es, que además de daños y perjuicios (indemnización monetaria), también es posible una indemnización en función de un restablecimiento de la situación jurídica infringida (cesación de hecho de la práctica violatoria de los derechos, reconocimiento y réplica pública, etc.). En todo caso, lo cierto es que la Constitución ha sido bastante amplia en este punto, lo que en definitiva, en lo que aquí importa destacar, supone entender plenamente consagrada y ratificada la responsabilidad *patrimonial* del Estado por violación de derechos humanos.

Tercero, en lo que respecta a que la invitación al Estado para adoptar «medidas legislativas» y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones, ello luce como un mandato innecesario, visto el carácter directo y normativo de la Constitución —la cual, por lo demás, contiene otras normas de inmediata aplicación en materia de responsabilidad del Estado— y, adicionalmente, vista la existencia de normas procesales (por ejemplo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) que permiten en la actualidad hacer efectivas tales indemnizaciones (en nuestra opinión, no luce como necesaria ni pertinente ninguna Ley especial en materia de responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos —más apropiado es dejar la puesta en marcha jurisdiccional de tal responsabilidad a los propios principios constitucionales adminiculados con la o las leyes procesales en materia contencioso administrativo, junto a los aportes de la jurisprudencia—. Sin embargo, buscando el buen sentido a la invitación constitucional podrían extraerse algunas cosas positivas, por ejemplo: la necesidad de una nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, mucho más moderna y efectiva, la cual, entre otras cosas, disponga el carácter no obligatorio de las vías administrativas, una legitimación más amplia, lapsos de impugnación más flexibles, medidas cautelares más efectivas y robustas —incluyendo la medida cautelar de provisiones económicas (*référé provision*)—, procedimientos más expeditos, poderes del juez amplios y un sistema efectivo de ejecución de sentencias, todo lo cual, en fin, significaría la existencia de un sistema legislativo que permitiera la efectividad de las indemnizaciones en materia de derechos humanos y en todas las materias.

Asimismo, cuando la norma se refiere a que, además de medidas legislativas, el Estado adoptará medidas de «otra naturaleza» son imaginables todo tipo de actuaciones públicas en este sentido, desde una política de educación y reforma cultural del país y de la función pública, pasando por medidas socialistas o dictatoriales, hasta medidas concretas, tales como el establecimiento de una política administrativa y procesal de conciliación entre las víctimas y el Estado, debiendo estar este último dispuesto a indemnizar (integralmente, de forma actualizada y de inmediato) en vía

administrativa, sin necesidad de acudir a los eternos procesos o, al menos, a nivel judicial convenir en las demandas que sean manifiestamente procedentes o llegar a transacciones razonables con los particulares⁷⁸.

Cuarto, en lo que respecta a la frase del artículo 30 *in commento* según el cual «El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados», ello amerita, al menos, tres observaciones: i) que el tema de la inseguridad y los delitos comunes puede poner en contacto con el problema de la responsabilidad del Estado en materia de policía, siendo una de las posibles formas de imputación la falta de servicio por ausencia o insuficiente de toma de medidas pertinentes de protección y seguridad y, a veces, la indefectible toma de tales medidas puede generar hasta responsabilidad sin falta o por sacrificio⁷⁹; ii) que en algunos países europeos, lo que parece más difícil de instaurar aquí visto los altos índices de delincuencia, existen leyes que establecen indemnizaciones por parte del Estado para algunas personas que han sido víctimas de delitos comunes, sin que el Estado haya tenido participación activa o pasiva en la producción o prevención de tales delitos; iii) que debe tenerse en cuenta que a veces son los propios funcionarios públicos los que cometen tales delitos comunes, situación relacionada con el tema de las faltas personales al cual ya hemos hecho referencia.

En complemento de todo lo anterior, debemos hacer mención al artículo 29 de la Constitución, según el cual

El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

⁷⁸ En este sentido, no está de más recordar que otro artículo de la propia Constitución (art. 258) señala que efectivamente debe promoverse la solución alternativa de conflictos, entre ellos la conciliación. Sobre esto, países como Colombia, España y Francia son ejemplos de esta actitud conciliadora por parte del Estado en materia de responsabilidad patrimonial. Cf. Juan Carlos HENAO PÉREZ, «Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad del Estado —Análisis a partir del tema en el Derecho colombiano—», en libro de las *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ARBC*, Funeda, Caracas, 1996, pp. 409 y ss.; *La conciliación en el Derecho Administrativo*, publicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996, también los artículos contenidos en el *Dossier* intitulado *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, en la *AJDA*, núm. 1, 1997, pp. 3 y ss.

⁷⁹ Sobre el particular, vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 511 y ss.

De esta norma nos interesa destacar dos cosas. Primero, que según la misma en principio «Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los *tribunales ordinarios*», norma que evidentemente debe ser matizada con el resto de las disposiciones, también de rango constitucional, en materia de responsabilidad del Estado y sus funcionarios y con la naturaleza del tal institución —la cual puede exigir e imponer la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, incluso para juzgar a los funcionarios—, además de que igualmente la misma debe ser encajada con otras normas constitucionales y legales de distintas materias, como las relativas a la jurisdicción penal, también competente para juzgar, desde la perspectiva penal, la violación de derechos humanos. Segundo, en relación al tema de los lapsos para exigir la responsabilidad del Estado⁸⁰, dicha norma dispone que «las violaciones graves a los derechos humanos... son *imprescriptibles*», lo cual es una posición que puede entrar en tensión con otros principios y derechos (incluso derechos humanos) que pueden presentar cierta resistencia o especificidad frente a este tipo de acciones eternas o imprescriptibles, tales como los principios de prohibición de penas perpetuas y, sobre todo, el principio de seguridad jurídica⁸¹.

⁸⁰ Como regla, y así ha sido aceptado en principio por la jurisprudencia, las acciones para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, con independencia del tipo de hecho o acto generador de los daños, están sometidas —lo cual estimamos razonable y compatible con el esquema constitucional— a un lapso de prescripción de 10 años, tomado del Código Civil. Vid. Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., pp. 729 y ss. Sin embargo, el tema no está exento de complejidades y de confusiones jurisprudenciales. Para verificar la riqueza del tema en España, puede verse el libro de E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1998.

⁸¹ En propósito, debe tomarse muy en cuenta el contenido del artículo 23 de la Constitución de 1999: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público». Como se aprecia de inmediato, la propia Constitución ha aceptado el carácter superior (supraconstitucional) de los derechos humanos y la aplicabilidad directa y preferencial, cuando son más favorables, de los tratados sobre derechos humanos. Es posible, y de esto ya se ha hablado en el derecho comparado europeo, que existan normas constitucionales inconstitucionales, esto es, normas de una Constitución que son contrarias a normas, principios y valores superiores e inherentes a la persona humana y, por tanto, insusceptibles de ser borrados o limitados en su núcleo esencial por ningún texto, ni siquiera constitucional. De manera que lo referente a la «imprescriptibilidad» quizás deba ser estudiado con cierta prudencia, no necesariamente para ser borrado o considerarlo inaplicable (pues algunos tratados internacionales también son severos a la hora de castigar las violaciones a los derechos humanos), pero en todo caso sí para ser adecuadamente interpretado constitucionalmente, para lo cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo tendrá un papel importante en este sentido. En el supuesto que se considere a la imprescriptibilidad

Finalmente, para cerrar por ahora el tema, es de observar que el artículo 31 de la Constitución dispone que

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

Tal norma, pues, viene a reforzar la visión del Estado como Estado responsable (lo que incluye la responsabilidad patrimonial) por violaciones a los derechos humanos. En este sentido, como es sabido, los particulares pueden acudir a organismos internacionales, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que éstos condenen al Estado venezolano a la reparación de daños y perjuicios por violaciones de derechos humanos, lo que, en todo caso, no debe ser considerado como un mecanismo para obtener dobles indemnizaciones, sino como un mecanismo procedente en caso de inoperancia (o insuficiencia) de los mecanismos indemnizatorios internos, sin perjuicio de que el acceso a los organismos internacionales pueda ser directo.

4. Otras cuestiones relacionadas, en especial de carácter procesal

Ya para empezar a cerrar este estudio, queremos resaltar algunas de las normas dispersas en materia de responsabilidad del Estado. Por una parte, y como una innovación constitucional, está la creación del Defensor del Pueblo al cual, mayor innovación todavía, se le han dado expresas facultades en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido dispone el artículo 281 de la Constitución de 1999:

Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos

como una solución compatible con los derechos humanos, lo que sí resulta ineludible para el Tribunal Supremo y para los tribunales será, al menos, la interpretación restrictiva de la noción (concepto jurídico indeterminado pero en alguna medida determinable *in abstracto* y, en especial, *in concreto*) de «violaciones graves» a los derechos humanos, sin que ello sea óbice para que violaciones menores a los derechos humanos sean sancionadas con severas sanciones y con lapsos de prescripción amplios, pero no necesariamente perpetuos. Similares reflexiones de inconstitucionalidad o de interpretación constitucional pueden hacerse para otros artículos y normas de la Constitución de 1999, tal como, para tomar como ejemplo la materia tributaria, luce ser el caso de parte de la Disposición Quinta de la Constitución.

internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, *interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.*

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal o Fiscala General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos (...).

Con fundamento en tal norma, el defensor del Pueblo está habilitado para, en nombre de los afectados, interponer acciones (entre ellas recursos y demandas judiciales) para exigir al Estado (entes públicos y funcionarios públicos) el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos. Esto, como se notará, supone una ampliación de la *legitimación* en el contencioso administrativo, nueva posibilidad que pensamos puede traer efectos positivos para el desarrollo del sistema de responsabilidad del Estado. Tal como lo hemos expuesto en trabajos anteriores, una —entre muchas— de las causas por las cuales la responsabilidad del Estado en Venezuela ha tenido poco desarrollo radica, precisamente, en el hecho de que no todos los ciudadanos pueden pleitear con la Administración en juicio, tanto por todas sus trabas como por su lentitud y su costo. De hecho, el contencioso de la responsabilidad del Estado es un contencioso de pocos, de aquellos que tienen resistencia y capacidad económica para embarcarse en las costosas y largas aventuras judiciales, problema que se agudiza considerando el bajo nivel social y económico de la mayoría de los venezolanos. Ahora, con la innovación constitucional, tal carga podría ser asumida por el Defensor del Pueblo y sus asistentes o apoderados, quienes, en nombre y para los ciudadanos lesionados, podrían encargarse de la defensa judicial de sus de-

rechos patrimoniales⁸². Esta posibilidad procesal, queda fortalecida, respecto a la responsabilidad personal de los funcionarios, por las atribuciones similares que tiene el Ministerio Público⁸³.

Cambiando de subtema, interesa destacar que, además de las normas generales ya analizadas, la Constitución de 1999 hace referencia constante al principio de la *corresponsabilidad de la gestión pública* (artículos 4, 165 y 184), tema de cierta complejidad que aquí no puede ser analizado, basando la pertinente remisión bibliográfica y algunos comentarios menores. Sobre esto último, debemos insistir en el carácter directo y plenario de la responsabilidad del Estado frente a las víctimas, en el sentido de que con independencia de que en la producción de un daño concurren varias Administraciones o entes públicos (o un ente público y sus entes colaboradores —concesionarios, contratistas, etc.—)⁸⁴, los particulares podrán demandar ante el Juez contencioso administrativo por la totalidad de los daños a cualquiera de los entes públicos o privados involucrados, pues la regla debe ser la *responsabilidad solidaria*, con independencia de que posteriormente, pero esto es ya un problema ajeno a la víctima, se realice una repartición definitiva de la carga indemnizatoria entre los entes corresponsables, para lo cual podrán entrar en juego las acciones de regreso⁸⁵.

⁸² Entre muchas de las dudas que tan interesante figura presenta, nos preguntamos si en caso de ser declarada sin lugar la demanda —interpuesta por el defensor del Pueblo— el particular en cuyo nombre se presentó la demanda podría quedar condenado en costas. Asimismo, nos preguntamos si un caso de responsabilidad del Estado —estimamos que sí— podría tener origen en una manifiesta mala defensa o negligencia procesal por parte del Defensor del Pueblo, caso en el cual el particular afectado podría ejercer una acción de daños y perjuicios por la falta del servicio del Defensor del Pueblo, caso en el cual se aplicarían los principios generales del sistema de responsabilidad al cual hemos hecho referencia.

⁸³ En este sentido, el artículo 285 de la Constitución de 1999 dispone lo siguiente: «Son atribuciones del Ministerio Público:... 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones».

⁸⁴ Sobre la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado a los concesionarios y contratistas en materia de servicios públicos, véase la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998 (Caso: *Franz Weibezahn y Bárbara Jansen de Weibezahn vs CANTV y Oficina Técnica Dina C.A.*), cuyo texto comentado puede consultarse en Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, «Hacia la consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela...», *loc. cit.* En relación con la corresponsabilidad y la responsabilidad en materia de control y tutela, véase también Julio R. COMADIRA, «La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados», en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, pp. 379 y ss. Asimismo, Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 564 y ss.

⁸⁵ Sobre este gran tema de la responsabilidad concurrente, véase, ante todo, el libro de Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones*

REFLEXIONES FINALES

Llegados al final de estas breves notas, no podemos sino que verificar — con satisfacción— que la nueva Constitución de Venezuela de 1999 ha querido, sin dudas ni titubeos, como quizás ninguna Constitución lo había hecho en el pasado de Venezuela, consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado de la manera más amplia y moderna posibles. La contundencia implacable de las normas constitucionales es convincente y no deja lugar a dudas o grado de veleidad alguna.

Confirmando, pues, los valores y principios generales del Derecho, *per se* superiores e inherentes a la persona humana, la nueva Carta Magna ha establecido un sistema completo de responsabilidad del Estado, el cual, tal como las normas y la naturaleza del sistema lo imponen, deberá ser articulado a fondo por la jurisprudencia desde una perspectiva moderna de Derecho Público, pudiendo los particulares demandar y obtener, en términos de efectividad jurisdiccional, la reparación integral de todo tipo de daños que éstos sufran como consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad de los entes públicos o, incluso, de particulares en ejercicio de funciones públicas o administrativas.

En propósito, son categóricos y acordes con las tendencias modernas, los artículos 26, 49, 140 y 259 de la nueva Constitución, normas principales y autosuficientes relativas directamente a la responsabilidad del Estado, al derecho a la tutela judicial efectiva y al control pleno del Estado por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, normas reforzadas por toda una gama de preceptos del mismo texto, entre éstos, los artículos 26, 49 y 255 (relativos a la responsabilidad del Estado-Juez); 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285 (sobre la responsabilidad de los funcionarios); 19, 29, 30, 31 y 46 (sobre la responsabilidad por violación de los derechos humanos); 253 y siguien-

nes Públicas, Civitas, Madrid, 1992, *in toto*. También puede consultarse P. AMSELEK, «La détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative», *Etudes de droit public*, Cujas, París, 1964, p. 289; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, París, 1994, p. 1079 y ss.; J. CHEVALIER, «La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative», *JCP*, 1970, I, n° 2.323; Y. COUDRAY, *La détermination de la collectivité publique responsable par le juge administratif*, Th. Rennes 1, 1979; R. DENOIX DE SAINT-MARC, «Imputabilité du dommage», *Enc. Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, París; C. LAVIALLE, «La responsabilité des personnes publiques du fait de l'activité dommageable des personnes privées gérant un service public», *LPA*, 9-3-1983, p. 15; Y. MODERNE, «La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics», *CJEG*, 1966.43 y 67 y «Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative», *EDCE*, 1973.15.

tes (referentes a la protección jurisdiccional); 55, 115, 156-2 (relativos a la garantía de la propiedad, a la integridad patrimonial y a la expropiación); 1, 2, 19, 21, 133, 299, 311 y 316 (relativos al principio de igualdad ante las cargas públicas); 281 y 285 (sobre las atribuciones del Defensor del Pueblo y del Ministerio Público); 23 y 153 (sobre la preeminencia de los tratados de derechos humanos y del derecho comunitario); 132, 134, 135 y 274 (sobre la solidaridad, la colaboración y la responsabilidad social); 117 (sobre el derecho a bienes y servicios de calidad y a la indemnización en caso de violación a tal derecho); 4, 165 y 184 (sobre la corresponsabilidad de la gestión pública); 7, 25, 137, 138, 274, 317, 333, 334, 336 y 350 (relativos al principio de legalidad); y 22 (sobre la cláusula enunciativa de derechos).

Tales previsiones constitucionales, relacionadas directa o indirectamente con la responsabilidad estatal, han venido, pues, a fortalecer, con tanta dureza como el acero, el derecho de los particulares —y a la vez obligar a los jueces a garantizar tal derecho— a su integridad patrimonial frente a la actividad —o inactividad— de los entes públicos. Con ello, por vía refleja —sino directa— se ha venido a fortificar la noción misma de Estado de Derecho y de Justicia y, también, la idea misma de Democracia. Tal como GARCÍA DE ENTERRÍA la ha venido señalando, el reforzamiento de los controles plenos por parte del juez contencioso administrativo es una exigencia democrática, donde no hay lugar o espacio para las inmunidades —mucho menos patrimoniales— de los órganos y funcionarios del Estado, plenamente sometidos al Derecho.

El legislador, representado aquí por nada menos que el Constituyente, ha hecho su parte en materia de responsabilidad del Estado, y lo ha hecho bien, como hemos visto. Toca ahora la palabra a los jueces y tribunales, la mejor garantía de la sociedad para asegurar a los particulares la salvaguarda de sus derechos. Por lo pronto, para retomar una conocida expresión, puede decirse que la Constitución es sólo una hoja de papel, bien escrita en lo que respecta a este tema, pero sólo eso. Toca ahora a los Jueces concretizarla y hacerla, caso por caso, una Constitución real y efectiva.

Ya lo hemos dicho antes, y toca repetirlo. La responsabilidad patrimonial del Estado está estrechamente unida al fortalecimiento de la Democracia y del Estado de Derecho y de Justicia, por lo que el futuro y mejor vivir de los venezolanos ha encontrado una esperanza en el desarrollo efectivo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Si con motivo de la exigencia ciudadana y de la presión doctrinal, la jurisprudencia decide hacer valer las previsiones constitucionales en la materia desde una perspectiva moderna y de Derecho Público, pues es de esperar que Venezuela quede alineada con las mejores tendencias del

Derecho Comparado, tanto en Europa como en Latinoamérica, donde muchos países han desarrollado constitucional y jurisprudencialmente un moderno y efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, todo ello con el efecto inmediato de un mejor funcionamiento de los servicios públicos y de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos e inversionistas. Es hora de que Venezuela se incorpore a este movimiento mundial de renovación y consolidación de la referida institución. En suma: toda sociedad que pretenda ser moderna y democrática postula por sí misma el desarrollo plenario y efectivo, no mutilado o refrenado, de un sistema de responsabilidad patrimonial de Estado.

La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia

RAFAEL ORTIZ-ORTIZ¹

A. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

LA BASE DE TODO NUESTRO ordenamiento jurídico ha cambiado por voluntad soberana del pueblo venezolano expresado mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, lo que dio lugar a que se publicara en la Gaceta Oficial, la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el 30 de diciembre del mismo año². Ello implica, como consecuencia necesaria, que el ordenamiento vigente deba «leerse» a la luz de las del nuevo basamento constitucional que debe ser «interpretado» y «aplicado» conforme al nuevo Texto Fundamental. Hay que entender, como bien lo expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, que la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución³, a tenor —en el caso venezolano— de la «Disposición derogatoria Única», la cual dispone:

¹ El autor es abogado, egresado de la UCAB, con especialización y maestría en Derecho Procesal. Estudios doctorales en Derecho (UCAB) y Ciencias Políticas (UCV). Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Profesor Agregado de pre y postgrado en la UCAB y UCV. Profesor invitado de la Universidad Nacional Autónoma de México y de Santiago de Chile.

² Omitimos aquí la problemática planteada en torno a la nueva publicación de la Constitución debido a «errores materiales» efectuada el 24 de marzo de 2000, pues como lo ha señalado insistentemente BREWER-CARÍAS y Hermann ESCARRÁ, en dicha publicación no sólo se modificaron aspectos formales sino también de contenido o de fondo, es decir, modificaciones materiales que afectan —en muchos casos— el sentido de las normas constitucionales.

³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, pp. 74 y siguientes.

«Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución».

Agregaríamos además que una norma preconstitucional se presenta «contraria» a la Constitución desde una doble vertiente: a) Que la regulación sea contradictoria con lo preceptuado en una norma constitucional, es decir, una regulación contraria a texto expreso del mandato constitucional; y b) Que la regulación pre-constitucional quebrante el sentido y los valores que la Constitución consagra y postula. En ambos no importa cuál sea el contenido, esto es, tanto los «derechos fundamentales» como la misma organización del Estado. Por otro lado, la norma preconstitucional debe ser absolutamente inconstitucional, es decir, debe ser aquella cuya interpretación no sea susceptible de armonizarse con la Constitución. A nuestra manera de ver, para que una regulación preconstitucional pueda declararse «inconstitucional» debe ser «contraria» a texto expreso o al sentido axiológico de la norma constitucional, pero ello no será posible cuando aquella —la regulación preconstitucional— pueda padecer una interpretación «conforme a la Constitución».

Como apunta el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, la derogatoria de las regulaciones preconstitucionales puede ser comprobada por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa, por tanto, la entrada en juego de la Sala Constitucional, distinto a los supuestos de regulaciones postconstitucionales en donde es necesaria la intervención del Tribunal Supremo de Justicia, quedando a los jueces del caso sólo la posibilidad de «desaplicación» de la norma que se reputa inconstitucional conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; ésta ha sido la posición pacífica del derecho constitucional español, italiano y alemán. A modo de ejemplo puede citarse la sentencia de 2 de febrero de 1981 del Tribunal Constitucional español, al establecer:

Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad... Sólo excepcionalmente, en cuanto a las (Leyes) anteriores a la Constitución, corresponde también a los jueces y tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustara a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las Leyes anteriores que

se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional.

Nuestra Constitución no reconoce en esto «medias tintas» y en una clara toma de posición estableció un mandato para «todos los jueces y juezas» de la República sobre la «aplicación preferente de la Constitución», reservando a la Sala Constitucional la declaratoria de nulidad de las normas que se reputen inconstitucionales, así en efecto, el artículo 334 dispone:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales de cualquier causa, aun de oficio, decidir la conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla.

Sin embargo, cuando los jueces o juezas venezolanos declaran la «inconstitucionalidad» de una regulación preconstitucional, en realidad no están «enjuiciando» al Poder Legislativo, sino «aplicando directamente» la norma constitucional (Disposición derogatoria Única) que, efectivamente, deroga todas las disposiciones que «contradigan» lo establecido en el Texto Fundamental.

El contencioso administrativo no queda exento del anterior análisis. Siendo una rama del Derecho que se encarga de regular y ponderar el juego entre la «libertad» y el «poder», no es de extrañar que la Constitución tenga profundos efectos sobre las regulaciones preconstitucionales que rigen los procedimientos jurisdiccionales del contencioso administrativo, máxime si se repara en el hecho de que esta materia —importante de suyo por sus efectos e implicaciones— está regulada «provisionalmente» por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; regulación que, además, no sólo es provisional sino también se presenta como inconexa, desarmónica y atrasada con respecto de la evolución de la Ciencia jurídica finisecular. Sabido es que los abogados y los juristas iberoamericanos rendimos culto a los «dogmas» y como todos ellos su «justificación» se basta a sí mismos. En muchas ocasiones aceptamos los dogmas «porque así lo dispone la ley» o por fuer de repeticiones incansables. Ello es lo que ha ocurrido, particularmente, en el contencioso administrativo donde

seguimos aferrados a la noción de «recurso contencioso», o «jurisdicción contenciosa administrativa», sin reparar en mucho si realmente estamos en presencia de un «recurso», o si realmente los órganos con competencia en lo contencioso administrativo ejercen un «tipo» especial o distinto de «jurisdicción», diferente, como consecuencia, de la actividad jurisdiccional de las otras competencias.

Uno de los dogmas es justamente el llamado «agotamiento de la fase administrativa» como necesaria condición para hacer valer la pretensión por ante los órganos jurisdiccionales competentes. Como se observará inmediatamente nos encontramos frente a una regulación preconstitucional que debe ser «interpretado» y «aplicado» conforme a las nuevas normas constitucionales, para lo cual debemos advertir, desde ya, que el acceso a la jurisdicción (derecho a la jurisdicción, o derecho de accionar) recibe en la nueva Constitución venezolana un carácter que siempre tuvo, el de derecho fundamental. El problema está en determinar si la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como «condición» para acceder ante los órganos jurisdiccionales constituye una «limitación» al derecho fundamental aludido, y si tal limitación es indebida. Para desarrollar este tema creemos conveniente analizar tres aspectos de interés e importancia. En primer lugar, la interpretación axiológica de la Constitución la cual obliga a distinguir y diferenciar entre valores normativos y valores de aplicación por un lado, y valores fundamentales y valores derivados, por el otro, en el marco constitucional, para concluir este primer aspecto con la «jerarquía» y la supremacía axiológica de los valores fundamentales.

En segundo lugar, analizaremos algunos «dogmas» del contencioso administrativo a la luz de la moderna y vigente teoría general de la acción y la jurisdicción en el derecho procesal contemporáneo, particularmente en lo que concierne a la demanda, pretensión y acción. En tercer lugar, concluiremos con el tema central de este trabajo: el agotamiento de la vía administrativa como condición excluyente del control jurisdiccional y su eventual inconstitucionalidad, o una nueva interpretación conforme a la Constitución que posibilite preservar los valores jurídicos tutelados por tal exigencia, y los valores constitucionales. Las reflexiones que ofrecemos en este trabajo, así como las sentencias que contienen estas reflexiones dictadas en nuestro paso como Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sólo son «propuestas» para ser discutidas. Ciertamente la «verdad» y la «falsedad» no tienen nada que ver con el Derecho, sólo la «congruencia» es lo que posibilita su desarrollo. Si al final del día encontramos una interpretación que se adecue mejor a la justicia y los valores constitucionales, entonces debemos abandonar la que inicialmente se propuso, mientras que si no es así, es necesario abonar criterio para que arroje hermosos frutos.

B. ALGUNOS ASPECTOS DE LA INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

I. La Constitución y los valores del pueblo

Que la Constitución es la articulación de los valores de un pueblo, no dejaría de ser una simple expresión hermosa, si no se analiza el alcance y las implicaciones de la misma. Ello supone explorar, si bien de manera breve, lo que es «Constitución» y lo que son «valores», para luego plantear cómo pueden «articularse» valores en la Constitución. Si nos refiriéramos a la primera Constitución sería sumamente fácil señalar que la Constitución es la formalización de un pacto o un «acuerdo» político entre las personas que han decidido convivir en un mismo espacio geográfico; pero al referirla a una «nueva» Constitución que deroga a otra, debemos consentir en que se trata de una «renovación» de ese pacto sobre diversas premisas, las cuales pueden ser, entre otras:

- a. La adopción de un «nuevo» y «diferente» modelo de organización político y social;
- b. El afianzamiento y clarificación de derechos subjetivos, fundamentales o no;
- c. El surgimiento de nuevas o renovadas áreas de la vida que requieren un reforzamiento constitucional.

Un sincero análisis de nuestra realidad político-constitucional nos hará advertir que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 cumplió un cometido fundamental y de extraordinaria importancia, e históricamente necesaria. Toda nueva Constitución debe partir —como efectivamente ocurrió en nuestro país— del análisis de aquello que debe permanecer a pesar de su consagración en la Constitución que se deroga, y bien puede señalarse que la nueva Constitución venezolana tuvo influencia notable de las siguientes fuentes:

- a. La Constitución de la República de Venezuela de 1961;
- b. Los proyectos de reforma constitucional, particularmente del Proyecto Caldera de 1985;
- c. Las Constituciones recientes de países hermanos (España, Brasil, Argentina, etc.);
- d. Las declaraciones de derechos contenidos en los Pactos, Acuerdos y Tratados internacionales;
- e. La propia experiencia de los hombres y mujeres que conformaron la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.

Las nuevas disposiciones constitucionales, particularmente las referidas a los derechos fundamentales, tuvieron su expresión en la doctrina y la jurisprudencia preconstitucional, aunque tal vez hubiese sido deseable que el «Proyecto» de Constitución que se sometió a referéndum aprobatoria el 15 de diciembre de 1999, hubiese tenido mayor discusión y un más detenido análisis. No es pues, impertinente señalar que nuestra Constitución de 1999 es la renovación de nuestro pacto político de vida, y el afianzamiento de aquellos valores trascendentes que deben recibir una interpretación y aplicación reforzada y tuteladora. La Constitución es la articulación de los valores del pueblo, y sus mandatos deben ser extensivamente observados por todos los órganos del Poder Público, en todos sus niveles de organización.

2. El carácter normativo de la Constitución

Uno de los valores con los cuales se identifica nuestra Carta Magna es su carácter «normativo» a diferencia de la Constitución anterior, muchas de cuyas normas se les otorgó un simple carácter «programático». A los efectos de ser lo más claro posible en nuestra exposición, diremos que una disposición es programática cuando:

- a. Refleja un contenido que no puede aplicarse a casos concretos si no se obtiene un desarrollo en la ley, es decir, sólo son normas en forma de mandatos generales para que los órganos del Poder Público, particularmente el legislativo, la desarrollen sin lo cual no es posible su aplicación inmediata;
- b. En segundo lugar, se señala que la norma es «programática» cuando sólo establece un *programa* a seguir, es decir, a modo de consejo u orientación general para el Estado, pero que —en modo alguno— tal norma podía ser jurídicamente exigida.

La extinta Corte Suprema de Justicia pasará a la historia jurídico-constitucional no sólo por la doctrina creada en muchas áreas del Derecho, sino también por ser un ente arrodillado, intimidado y castrado, y triste ejemplo de ello fue la persistente y obcecada negación del amparo constitucional por «Acuerdo» de sus miembros, como muchos otros ejemplos⁴.

⁴ No se crea que la falta de valor normativo de la Constitución fue obra vernácula de nuestro ingenio o que nos pertenece en exclusiva; se quejaba GARCÍA DE ENTERRÍA que «La doctrina de la falta de valor normativo de las Constituciones españolas ha sido, antes y después de 1939, doctrina común del Tribunal Supremo, que ha realizado la invocación ante cualquiera de sus Salas como derecho aplicable (a lo sumo como principios interpretativos) de los preceptos constitucionales, tradición que es en este momento enormemente grave y necesitada de una enérgica conmoción». O.c., p. 105.

Ahora bien, nuestra nueva Constitución tiene un sentido normativo como es de suponer de todo Estado de Derecho y de Justicia. Este carácter normativo se explica, a nuestro modo de ver, por los siguientes principios:

- a. El principio de la sujeción constitucional, según el cual el Poder Público está necesariamente vinculado y normado por la Constitución, siendo ésta el límite normativo de sus atribuciones y competencias;
- b. El principio de la supremacía constitucional, según el cual todas las personas, sin excepción alguna, así como todos los actos jurídicos están sometidos al imperio de las normas constitucionales.

Como lo dice GARCÍA DE ENTERRÍA, Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el artículo 9,1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, y además, la Constitución, precisa tal mandato de modo expreso, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente —hemos de añadir nosotros— su parte primordial y fundante, la que expresa «valores superiores del ordenamiento jurídico» enunciados en el artículo 1º de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Finalmente, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumplierse desarrollar —tesis tradicional del carácter «programático» de la Constitución— ; y entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales, y no sólo al Tribunal Constitucional⁵.

Existe todavía un tercer aspecto del carácter normativo que debe ser puesto de relieve. Se trata del aspecto axiológico de la Constitución. En efecto, si la Constitución representa la articulación de los «valores» del pueblo ha de entenderse que captar esos valores y aplicarlos en toda su amplitud y extensión es un mandato obligatorio. Parece incontestable que la Constitución asegura una unidad del ordenamiento, esencialmente sobre la base de un «orden de valores materiales» expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas, y como dice —GARCÍA DE ENTERRÍA, «ninguna norma subordinada —y todas lo son para la Constitución— podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores». Son valores —en modo

⁵ O.c., p. 62 *et passim*.

alguno— «programáticos» sino que tienen —en sí mismos— una fuerza interpretativa no sólo dirigido al legislador para que respete el «sentido, propósito y razón» de la Constitución sino a «todos» los órganos del Poder Público y a «todos» los habitantes del país, son la base entera del ordenamiento, lo que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.

Sin embargo, a pesar de la claridad de las afirmaciones anteriores, aún cabe la pregunta: ¿Qué son los valores?, ¿cuáles son esos valores?, y ¿cuánto «valen» los valores? Entendemos por interpretación axiológica aquella labor del espíritu y del entendimiento por la cual se intenta captar los valores y la jerarquización que éstos presentan en el instrumento normativo constitucional. Desde luego que «interpretar» es *traducir, develar, descubrir*, lo que un ente «es» y «representa», denota y connota, se discurre y se intuye. De manera que plantear una *interpretación axiológica de la Constitución* es la traducción de aquellos valores que la Constitución postula como fundamentales o construidos, es decir, fundamentales y derivados en nuestra terminología.

3. Valores normativos y valores de aplicación

La aproximación etimológica de la noción «axiología» señala del gr. «*axios*», digno; y «*logos*», tratado, y comúnmente se denomina «teoría de los valores», llamada también «estimativa», y fue separada de la ontología (estudio del *ser*) por el filósofo húngaro C. BOHĚN; para otros autores, la palabra fue usada en 1902 por el filósofo francés LAPIE, en su obra *Lógica de la voluntad*. Por su parte, Eduardo VON HARTMANN lo hace derivar de *axu*, «precioso, digno»; *axico*, «yo aprecio»; y éste es el sentido mayormente aceptado⁶.

La axiología es pues *teoría de los valores* y ha sido reconocida, recientemente, como parte importante de la filosofía en general, llegando a pensarse —incluso— que toda la filosofía se resumía en los valores. De la axiología deriva también la voz «axioma», para significar lo «digno» o el «valor», aun cuando los «axiomas» se han ido desarrollando en el campo de la geometría y las matemáticas, y ha desdibujado este emparentamiento inicial. En un principio el «valor» estuvo referido a «todo objeto de preferencia o elección», y hubo sido utilizado para indicar a) La utilidad o el precio de los bienes materiales, y b) La «dignidad» o el mérito de las personas. El uso filosófico del término comienza a generalizarse cuando lo

⁶ Vid. ORTIZ-ORTIZ, Rafael: *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, pp. 36 y siguientes.

refieren a «cualquier objeto de preferencia o de selección». Modernamente se han desarrollado, según Nicolai ABBAGNANO, tres aspectos que cualifican toda teoría de los valores:

- a. El valor no es simplemente la preferencia o el objeto de la preferencia, sino más bien lo preferible, lo deseable, el objeto de una anticipación o de una espera normativa⁷;
- b. Por otro lado, no es un mero objeto ideal, del que puedan prescindir completa o casi completamente las preferencias o las elecciones efectivas, sino que es más bien la guía o la norma (no siempre seguida) de las elecciones mismas y, en todo caso, su criterio de juicio⁸;
- c. Por consiguiente, la mejor definición es la que lo considera como una *posibilidad de elección*, o sea como una disciplina inteligente de las elecciones, que puede conducir (y conduce) a dar privilegio a otras, prescribiendo la repetición cada vez que determinadas condiciones se verifiquen⁹.

Ha señalado el buen maestro Levis Ignacio ZERPA que el razonamiento jurídico está vinculado en forma estrecha con la axiología. No se trata de un razonamiento formal ni de simples o complejas reglas de inferencia. La cuestión no es de verdadero o falso. En el razonamiento jurídico nos encontramos en el campo de lo verosímil, lo probable, lo plausible, lo razonable; se trata de procurar —concluye el buen maestro— la adhesión de persuadir mediante la argumentación¹⁰; agregaríamos, lo «legítimo», lo «digno» y lo axiológicamente bueno. El tema de los «valores» y su referencia a la decisión judicial nos ha permitido visualizar *momentos jurisdiccionales* que bajo la égida positivista hubiese sido más difícil, cuando no, complejo en su concreción práctica.

Consideramos como premisa fundamental de interpretación axiológica la existencia de valores normativos, y que tales valores cuando son constitucionales deben merecer «tutela privilegiada» y aplicación preferente. Este es, a nuestra manera de ver, el imperativo de la nueva justicia constitucional, la cual debe procurarse por parte de los operadores de justicia, realizando además, su ponderada interpretación en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. Es así que la Corte consideró, siempre bajo la idea de la existencia de un nuevo marco filosófico jurídico de interpre-

⁷ Vid. DEWEY, John: *The field of value*, en «*Value: a cooperative inquiry*», p. 68; también KLUCKHOHN Y OTROS en «*Toward a general theory of action*», p. 422.

⁸ Vid. MORRIS, C.: *Varieties of human value*, cap. I.

⁹ ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*, p. 1.178.

¹⁰ ZERPA, Levis Ignacio: *El razonamiento jurídico*, pp. 308-311.

tación y aplicación constitucional, que «el respeto a los derechos fundamentales constituye una obligación para los órganos del Poder Público conforme a la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», y más concretamente por lo establecido en el artículo 19 según el cual «el respeto por los derechos y garantías constitucionales» constituye una verdadera «obligación» para el Poder Público en general, y con mayor razón, para los órganos de administración de justicia. Siempre hemos afirmado que «toda interpretación de la normativa vigente debe hacerse en la forma en que mejor convengan a los derechos constitucionales; esto es, la interpretación que debe adoptarse para casos como el presente debe ser aquella que mejor desarrolle preceptos de rango constitucional», ésta ha sido una orientación fructífera que ha permitido la solución a diversas situaciones jurídicas y, según creemos, ha aportado justicia a casos concretos.

a. Sentencia del 8 de marzo de 2000

Partes: Alida Peñalosa Lucena vs. Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP)

Procedimiento: Amparo constitucional. Expediente 00-22732.

Sentencia 65.

Magistrado Ponente: RAFAEL ORTIZ-ORTIZ.

Corresponde a esta Corte pronunciarse sobre la pretensión de amparo constitucional interpuesta por la ciudadana Alida Peñalosa Lucena contra el Capitán Eliécer Otayza, en su carácter de Director General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP). En tal sentido, centra la querellante tanto en su escrito libelar como en sus conclusiones escritas, que el hecho de que se le impida el acceso al expediente administrativo presuntamente instruido en su contra, lesiona los derechos constitucionales contemplados en los artículos 28, 49 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, indica que se basan en una norma de carácter reglamentario para destituir la del cargo de ANALISTA DE SEGURIDAD Y DEFENSA III, lo cual es rebatido por la representante del Ministerio Público, quien hace especial énfasis en lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento Interno para la Administración de Personal de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención, por cuanto la misma dispone el «carácter sumarial» para acceder a las actas de los expedientes que les fueran instruidos a los funcionarios al servicio de la Institución.

Al respecto, esta Corte observa que el llamado «secreto sumarial» es una noción medieval y carente de cualquier sustrato lógico de razonamiento, atentatorio además con los lineamientos establecidos como valores normativos y valores de aplicación en la nueva Constitución de la República Bolivariana. En efecto, el Constituyente a la hora de disponer en el texto constitutivo las normas de conducta adecuadas al Estado de Derecho, dejó impresa a lo largo de su articulado una nueva manera de

«leer el Derecho» y de aplicarlo «*iuris-dicere*» que constituye la tarea esencial de la función jurisdiccional. Esos valores «normativos» deben siempre «aplicarse» en el caso concreto, como premisa axiológica necesaria que infunde al nuevo Estado Político el cual ha convertido a la República en un «Estado justicialista» por encima, incluso, de aquellas formalidades procesales no esenciales para la tramitación de las pretensiones de los justiciables.

Siendo ello así, a pesar de que el Reglamento Interno invocado pueda prever la existencia de un «procedimiento especial» de rango sub-legal, no es menos cierto que cualquier normativa «general o especial» debe ceder ante los «*valores normativos*» que la Constitución ordena aplicar al caso concreto, esto es, el acceso al expediente que se instruya en contra del justiciable así como el control y contradicción de las pruebas que pudieran obrar en contra de sus intereses. La aplicación preferente de la norma constitucional no sólo es un «valor de aplicación» sino que viene dado por un mandato expreso de la Constitución al establecer en su artículo 7º, lo siguiente:

ARTÍCULO 7º: «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

Este mandato se ve reforzado por lo establecido en la Disposición Derogatoria Única, la cual establece:

«Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución».

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 28 *eiusdem*, no puede considerarse entonces la posibilidad de que le sea impedido el acceso al presunto expediente que ha sido instruido en contra de la quejosa, fundamentándose en una sumariedad que no existe ni debe existir para las partes, en tal sentido esta Corte debe ordenar le sea permitido a la quejante conocer a través de ese expediente las circunstancias por las cuales fuera destituida de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) por cuanto le ha sido lesionado su derecho a la defensa contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y como consecuencia de los argumentos precedentemente expuestos procede la reincorporación al cargo que venía ejerciendo en la mencionada Institución y así se decide.

La afirmación más importante de esta decisión la constituye el hecho de que el nuevo constitucionalismo venezolano, surgido mediante referéndum aprobatorio del nuevo Texto Fundamental el 15 de diciembre de 1999, nos enseña que hay nociones e institutos que, francamente, constituían un atentado a los derechos más elementales de los ciudadanos. Tal era el caso del llamado «secreto sumarial» en el cual se juzgaba a una persona con total imposibilidad de conocer el objeto, las causas, las pruebas entre otros aspectos; pues bien, ese secreto sumarial, señala la Corte,

es una noción «medieval y carente de cualquier sustrato lógico de razonamiento», y además atenta flagrantemente con los *valores normativos* y *valores de aplicación* que la nueva Constitución de la República Bolivariana, recoge y expresa. Ciertamente y de eso estamos convencidos, el Constituyente a la hora de disponer en el texto constitutivo las normas de conducta adecuadas al Estado de Derecho, dejó impresa a lo largo de su articulado una nueva manera de «leer el Derecho» y de aplicarlo «*iuris-dicere*» que constituye la tarea esencial de la función jurisdiccional. Esos valores «normativos» deben siempre «aplicarse» en el caso concreto, como premisa axiológica necesaria que infunde al nuevo Estado Político el cual ha convertido a la República en un «Estado justicialista» por encima, incluso, de aquellas formalidades procesales no esenciales para la tramitación de las pretensiones de los justiciables. En otras circunstancias y bajo la óptica del viejo régimen, la pretensión de amparo interpuesta por la justiciable, hubiese resultado improcedente por causa del secreto sumarial de que estaban investidas las investigaciones llevadas por la DISIP.

b. Sentencia del 27 de junio de 2000

Partes: Rafael Celestino Armas y otros vs. Instituto Universitario de Policía Científica (IUPOLC)

Procedimiento: Amparo constitucional. Expediente 00-23139, Sentencia nº 810.

Magistrado Ponente: RAFAEL ORTIZ-ORTIZ.

Esta Corte observa, que el derecho a la educación es un derecho que está garantizado constitucionalmente, tal y como lo dispone el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del siguiente tenor: «Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más dilaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones (...)». Por otra parte, en reiteradas decisiones de esta misma Corte, se ha realizado una interpretación axiológica de la Constitución, distinguiendo al efecto:

1. Valores normativos (legales o constitucionales)
2. Valores de aplicación.

En el primer aspecto, los *valores normativos*, se refieren a los bienes jurídicos que el legislador o el constituyente, en su caso, toman en cuenta a la hora de la elaboración de la norma con su carácter abstracto y general; mientras que los segundos, los *valores de aplicación* se refieren a los bienes o valores jurídicos que deben ser tomados en cuenta en cada caso concreto por el operador de justicia. Sin embargo, la realidad nos muestra, a veces, que no siempre coinciden los valores normativos con los valores de aplicación. Esa es la razón por la cual se impone realizar una interpretación axiológica de la Constitución y en tal sentido se ob-

serva, que dentro de los valores normativos constitucionales se encuentran: a) *Valores fundamentales*; y b) *Valores derivados de la Constitución*.

En el campo de los valores normativos fundamentales se encuentran aquellos «bienes» o «valores jurídicos» de superior jerarquía y son «fundamentales» porque sobre ellos se construye toda la arquitectura normativa del ordenamiento. En nuestro caso, los primeros nueve artículos del Texto Fundamental se engloban dentro de la denominación «Principios Fundamentales» y, en el artículo 3º, se establece que:

Artículo 3. «El Estado tiene como fines esenciales la defensa y 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 el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines».

Como se observa, la educación y el trabajo se imponen efectivamente como «derechos fundamentales» o valores normativos fundamentales sobre los cuales se fundamenta el fin del Estado mismo y el mecanismo deseable para lograr los fines esenciales de la Constitución.

De tal modo que estos valores normativos constitucionales fundamentales encuentran tutela privilegiada por encima de los «valores normativos legales» e, incluso, por encima de los valores de aplicación; esa tutela privilegiada impone entonces que cualquier interpretación que se haga de cualquier norma de la estructura normativa del Estado debe hacerse de la manera en que mejor convenga para el desarrollo y la progresividad de tales derechos; no otro mandato contiene el artículo 2, 7 y 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A pesar de ello, es posible que existan limitaciones a los derechos constitucionales, incluso al propio derecho a la educación pues, salvo la vida, no existe ningún derecho que sea radicalmente absoluto; antes, por el contrario, el propio artículo 20 constitucional dispone que «Toda persona tiene el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social».

Lo cual implica que la educación y el trabajo, siendo herramientas fundamentales para lograr el desarrollo de la personalidad, sin embargo están sometidos a las condiciones normales que surgen de la propia necesidad de la vida colectiva, el derecho de los demás y del orden público y social. Con estas premisas axiológicas se observa, en el presente caso, que se halla suficientemente demostrado en autos que los querellantes fueron «excluidos» de continuar sus estudios sin haberse culminado el proceso administrativo sancionatorio que, eventualmente, traería consigo la separación de los querellantes del núcleo educativo; por expreso reconocimiento de la parte querellada a los recurrentes, ni siquiera se le ha notificado la apertura del procedimiento administrativo y, consecuentemente, no han tenido acceso al expediente administrativo, ni a cono-

cer exactamente los motivos por los cuales están sujetos a tal procedimiento sancionatorio.

En el presente caso, el ente querellado «expulsó» a los ciudadanos Rafael Celestino Armas Hernández, Ismael Pastor Betancourt Ramos, Alcides Rafael Llamosa Liendo y Joel Alexander Perdomo Salazar del Instituto Universitario de Policía Científica (IUPOLC), y con tal actuación es ineludible concluir que existe violación del mencionado derecho, ya que se les ha menoscabado el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a una decisión motivada, convirtiendo la actuación de los querellados en una vía de hecho que debe merecer respuesta de este órgano jurisdiccional por cuanto, por esa vía, también se ha quebrantado el derecho que tienen los mencionados ciudadanos a seguir cursando sus estudios en la referida Institución. Esa situación deberá ser reparada en la situación que más se asemeje a ella, es decir, con la orden de reincorporación de los querellantes al nivel de estudio que estaba cursando en el próximo semestre que se ofrezca en el Instituto, y ordenar la inmediata notificación del procedimiento administrativo sancionatorio con todas las garantías de defensa, de acceso al expediente, de control de las pruebas, y los demás derechos consagrados en el artículo 49 del texto constitucional, y así se decide.

La anterior sentencia tiene la virtud de definir claramente lo que se entiende por «valores normativos» y «valores de aplicación», así la primera noción se refiere a «los bienes jurídicos que el legislador o el constituyente, en su caso, toman en cuenta a la hora de la elaboración de la norma con carácter abstracto y general». No hay duda que cuando el legislador (en sentido general) redacta una norma de conducta es porque *cree* que tal conducta debe ser regulada de tal o cual manera, o que la misma debe ser proscrita, dependiendo del contenido de la norma. Esa creencia, a su vez, se basa en su propia experiencia como persona, individual o colectivamente mirado, pero existe un proceso de interiorización donde cada persona que compone el órgano legislador inquiere, se pregunta y se responde: ¿esto debe ser reglado así?, ¿responde esta regulación a las necesidades y las querencias de la gente?, ¿es justo?, ¿es conveniente? Ese proceso de interiorización, de preguntas y respuestas serán determinantes para aprobar o rechazar la propuesta legislativa.

En cuanto a los *valores de aplicación* se refieren a los bienes o valores jurídicos que deben ser tomados en cuenta en cada caso concreto por el operador de justicia. Tampoco hay duda que cuando el operador de justicia, el juez, el abogado o el intérprete tienen la misión de «aplicar» las consecuencias de una norma jurídica a un caso concreto, puede enfrentar dos situaciones: primero, que la aplicación de la norma resulte contraria a sus propios sentimientos de justicia, y segundo, que le sea indiferente la «justicia» del caso concreto y aplique, a ojos cerrados, lo mandado

por la ley. El segundo caso fue el que abundó en Venezuela y ello fue, precisamente, uno de los factores por el cual nuestro poder judicial entró en crisis. Se olvidaron de aquella hermosa expresión del maestro EDUARDO J. COUTURE: «Cuando se oponga la justicia con el Derecho, inclínate por la justicia». Así pues, entonces la realidad nos muestra, a veces, que no siempre coinciden los valores normativos con los valores de aplicación. Esa es la razón por la cual se impone realizar una interpretación axiológica de la Constitución y aplicarla al caso concreto. Dentro de los «valores normativos constitucionales» pueden distinguirse, a su vez, dos tipos: a) Valores fundamentales; y b) Valores derivados de la Constitución.

En el campo de los valores normativos fundamentales se encuentran aquellos «bienes» o «valores jurídicos» de superior jerarquía y son «fundamentales» porque sobre ellos se construye toda la normativa del ordenamiento. En nuestro caso, los primeros nueve artículos del Texto Fundamental se engloban dentro de la denominación «Principios Fundamentales», en cambio que los «valores normativos constitucionales derivados» serían todos aquellos restantes que se encuentran consagrados en la Constitución. En algún momento hemos planteado que esta diferenciación nos coloca en la interesante situación en la cual una norma constitucional que comporte «valores derivados» se oponga franca y llanamente, a los derechos fundamentales que hemos asumido con el carácter de «valores normativos fundamentales». La respuesta que ofrecemos es la de considerar que, de llegar a ocurrir tal situación, los *valores derivados* ceden ante los *valores fundamentales*, y existiría un artículo de la Constitución que sea «inconstitucional». Obviamente entendemos aquí «Constitución» en un doble sentido: como cuerpo jurídico normativo y, en segundo lugar, como normas legitimadoras, de justicia y de necesidad.

Que existan artículos de la Constitución que sean «inconstitucionales» no puede alarmar a nadie, si pensamos que quienes redactaron la Constitución son seres humanos que bien pueden equivocarse y adoptar una posición radicalmente injusta en contra de los propios «principios y postulados fundamentales» con que se redacta la Constitución. Piénsese por ejemplo, que el derecho al debido proceso y a la defensa se erige, ayer y hoy en día, como uno de los más sagrados principios del Derecho Constitucional, constituyendo un principio de derecho humano, reconocido y explicitado en la mayoría de las Convenciones y Tratados internacionales sobre la materia. Sin embargo, el artículo 324 de la Constitución vigente indica que sólo el Estado puede poseer armas de guerra, y todas las que existan, se fabriquen o introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República «*sin indemnización ni proceso*». ¿Será cierto que puede establecerse un decomiso de armas *sin indemnización ni proceso*,

cuando el artículo 49 ordena que el Estado no puede tomar ninguna decisión sin un proceso en el cual se otorguen las suficientes garantías de defensa al administrado? Es evidente que la necesidad de un proceso es impretermitible aunque lo niegue la propia Constitución pues sólo así podría, en el caso concreto, determinarse que estamos en presencia de «armas», y si tales armas son «de guerra», para luego aplicar la consecuencia, cual es que las mismas pasen a ser propiedad del Estado.

En el análisis de los «valores normativos fundamentales» la decisión centró su atención en la Educación y el Trabajo como los procesos que, según la propia declaración constitucional, necesarios para salvaguardar la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y el resto de los derechos y garantías contenidos en la Constitución, tal como está expresado en el artículo 3º constitucional.

También hemos afirmado que los valores normativos constitucionales fundamentales están representados por los llamados «derechos fundamentales» los cuales «encuentran tutela privilegiada por encima de los «valores normativos legales» e, incluso, por encima de los valores de aplicación» tal como lo reconoce el texto de la sentencia. Esa tutela privilegiada impone entonces que cualquier interpretación que se haga de cualquier norma de la estructura normativa del Estado debe hacerse de *la manera en que mejor convenga para el desarrollo y la progresividad de tales derechos*; no otro mandato contiene el artículo 2, 7 y 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y aún más cuando la propia Exposición de motivos señala que tales derechos debe tener «tutela reforzada» o privilegiada.

4. Valores fundamentales y valores derivados

Como se observa, los valores fundamentales, cuando se predicen de los valores normativos constitucionales, apuntan a aquella zona irreductible, objetiva y predominante de bienes jurídicos que el legislador y el aplicador de la norma deben siempre respetar y garantizar, se emparenta con la noción de «derechos fundamentales» pero los excede y los trasciende. Los valores derivados tienen que ver con el resto del articulado constitucional que, por la supremacía del Texto Fundamental, tienen aplicación privilegiada con respecto de los valores normativos legales, pero aun los valores derivados encuentran su freno, límite y adecuación a los valores fundamentales, y por ello hemos afirmado la posibilidad de que existan normas en la Constitución que sean inconstitucionales, si el espíritu, propósito y razón de la norma, en concreto, violenta o resquebraja alguno de los valores fundamentales de la Constitución (posición además asomada por BACHOFF, y GARCÍA DE ENTERRÍA).

5. Jerarquía y supremacía axiológica de los valores normativos fundamentales de la Constitución

Así entonces, los valores normativos y fundamentales de la Constitución constituyen la máxima jerarquía de todo estado de Derecho e, incluso, de cualquier agrupación humana; se ha señalado con insistencia que la voluntad del soberano lo «puede» todo, y no «debe» nada; ello, a nuestro ver, no es cierto: las mayorías (a las cuales erróneamente se tiende a identificar con el soberano, o el pueblo) tienen como límite de su «poder» y su «querer» esa zona irreductible de principios y valores fundamentales a la condición humana. La jerarquía axiológica supone un conjunto de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico (considerado como un *totum*), los cuales se alinean y acomodan con base en una estructura jerárquica cuyo vértice, ya no es la noción kelseniana de la Constitución, sino justamente los valores fundamentales que la Constitución recoge o no, pero su pretensión de validez objetiva es incuestionable.

Consciente o inconscientemente, nuestro constituyente de 1999, adoptó esta idea al consagrar de manera expresa que los derechos fundamentales o, si se quiere, los derechos humanos, consagrados en acuerdos o tratados internacionales tenían aplicación preferente sobre el orden interno siempre que comportaran posibilidades de goce y ejercicio más favorable, y estableció un mandato de aplicación (tutela jurídica constitucional) inmediata. La nueva Constitución venezolana adopta una clara defensa de los derechos humanos, y su respeto y garantía es la base de la organización jurídico-política que se adopta, así se desprende del artículo 2º constitucional: «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*. Estos «derechos humanos» no sólo tienen una fuente constitucional sino que, en el marco de las nuevas tendencias del Derecho Comparado, se fijaron como tales:

- a. Los derechos humanos o derechos fundamentales expresamente consagrados en el texto constitucional;
- b. Los derechos humanos o derechos inherentes a la persona que no figuren expresamente en ella (derechos o garantías constitucionalizables);
- c. Los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales sobre la materia, sean que tales instrumentos hayan sido suscritos y ratificados por la República, o no;

- d. Los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, no ratificados por la República, pero que, siendo inherentes a la persona, puedan adoptarse como derechos constitucionalizables.

Por otro lado, la «preeminencia» aludida implica, a nuestra manera de ver, tres consecuencias importantes, entre otras:

- a. La necesidad de tutela reforzada o privilegiada;
- b. La adopción de aquellas consecuencias de interpretación que mejor desarrollen y mejor se adecuen a los derechos fundamentales;
- c. El carácter «progresivo» de la interpretación y de la aplicación de tales derechos o garantías;

La preeminencia se deriva no sólo de su declaración expresa constitucional sino también por constituirse en una verdadera obligación para todos los órganos del Poder Público en cuanto a la garantía de su ejercicio y goce por todos los habitantes de la República.

6. Los derechos humanos como «causa» y «fin» de la organización política

Efectivamente, los derechos humanos se establecen como «causa» y «fin» de la organización política, esto es, como «justificación» del orden constitucional, así puede leerse del Preámbulo constitucional «El pueblo de Venezuela (...) con el fin supremo de (...) la garantía universal e indivisible de los derechos humanos (...) decreta la siguiente Constitución», no puede haber declaración más hermosa. Además, los derechos humanos, se erigen como «Principio fundamental», esto es, como «valor normativo fundamental» de rango constitucional consagrado de manera expresa en el artículo 2º «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación (...) la preeminencia de los derechos humanos».

Que los derechos humanos sean «causa», «fin» y «principio» del orden constitucional es, sin duda, una cara conquista, aun cuando será mayor cuando de manera efectiva y concreta se plasme en toda la actividad del Poder Público en Venezuela. Como siempre se ha dicho, nuestro problema no es de «leyes» ni de declaraciones y reconocimientos, sino de eficacia, sinceridad y concreción.

a. Niveles de positivación de los derechos humanos

La nueva Constitución postula varios «niveles» de consagración de los derechos humanos, el primero de ellos, como se señaló en el literal anterior, se trata del reconocimiento de tales derechos como «causa», «fin» y «principio» de rango constitucional, pero también puede visualizarse desde la expresa consagración normativa en el orden interno, y en el orden internacional. Es significativo que el Título III del Texto Fundamental se denomine «De los derechos humanos y garantías, y de los deberes», y no es por casualidad que se hubiere cambiado la denominación anterior «De los deberes, derechos y garantías», puesto que el orden que se inicia con «los derechos humanos» revela una intención, la de privilegiar los derechos humanos que antes había consagrado como principio y sustentación de todo el orden jurídico.

I. PROGRESIVIDAD

El capítulo correspondiente a las «Disposiciones generales» se inicia con el artículo 19, el cual contiene fundamentalmente tres notas a resaltar, en primer lugar el principio de «progresividad» de la garantía de los derechos humanos; en segundo lugar, el carácter de «obligatoriedad» que reviste para los órganos del Poder Público su «respeto» y «garantía»; y, en tercer lugar, que esa «progresividad» y «obligación» para el Poder Público no sólo se refiere a los derechos humanos consagrados en el texto constitucional sino también los establecidos en «los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen». En efecto, la indicada norma establece:

Artículo 19: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

La Exposición de Motivos del Texto Fundamental señala que «inspirada por las principales tendencias que se han desarrollado en Derecho Comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme al cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el respeto, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos». A nuestro parecer, este señalamiento de la Exposición de Motivos no ayuda en mucho para el cabal entendimiento del mandato contenido en la norma transcrita; pensamos que la «garantía» que debe dar el Estado

en cuanto el respeto, goce y ejercicio de los derechos humanos *no deriva ni se sustenta en el carácter de progresividad* sino de una clara necesidad de vida colectiva y en democracia. La progresividad apunta a una esfera distinta de esta obligación, aun cuando esa progresividad sea, al mismo tiempo, una obligación.

Ahora, ¿qué se entiende por «progresividad»? Lo «progresivo» es un adjetivo que significa «avance» o que «favorece el avance o lo procura»; en su segunda acepción, significa «progreso o aumenta en cantidad o en perfección». En cuanto al verbo «progresar» implica «avanzar, mejorar, hacer adelantos alguien o algo en determinada materia». De modo que aplicando el adjetivo al campo de los derechos humanos denota el carácter «aumentativo» (en oposición a lo diminutivo) en cantidad y calidad de tales derechos. Tal como lo entendemos, el carácter «progresivo» de los derechos humanos denota la significación de que los mismos deben «interpretarse» y «aplicarse» de la manera que mejor convenga a su desarrollo, avance o mejoramiento, restringiendo o proscribiendo —como consecuencia— los supuestos nugatorios de tales derechos; implica, además, el favorecimiento de la aparición de nuevos derechos sin que pueda servir de excusa su falta de consagración positiva. Esta nota de progresividad refuerza la idea que hemos venido afirmando desde hace algún tiempo: los derechos y garantías constitucionales deben interpretarse de la manera que mejor convengan a su desarrollo y vigencia.

2. INTERDEPENDENCIA, IRRENUNCIABILIDAD E INDIVISIBILIDAD EN SU EJERCICIO

Además, la propia norma nos coloca frente a tres nociones que «cualifican» no los «derechos fundamentales» sino su «goce y ejercicio», esto es, el Estado garantiza a toda persona —natural o jurídica— el goce y ejercicio «irrenunciable», «indivisible» e «interdependiente» de los derechos humanos. Siempre ha resultado complejo entender el significado de la «irrenunciabilidad» de los derechos, y ahora con mayor razón, resulta complejo precisar lo de «interdependiente» e «indivisible» en cuanto al ejercicio y el goce de tales derechos fundamentales.

A nuestra manera de ver, estas tres características se sustentan sobre la base de la «primacía de la Constitución», es decir, si la Constitución es norma suprema y a ella están sujetas todas las personas en cada caso concreto, debe entenderse entonces que los derechos fundamentales son «irrenunciables» puesto que significaría dejar sin efecto, al mismo tiempo, el mandato consagrado en el artículo 7° sobre la mencionada primacía constitucional. Esta «renuncia» debe referirse, de manera absoluta, con respecto de los derechos y garantías fundamentales, y de manera relativa a los derechos y garantías derivados. Es decir, existen derechos constitucionales que —en ningún caso— pueden ser renunciados, tales como la

vida, la defensa, el debido proceso, etc., en cambio que existen otros derechos constitucionales que por su «interdependencia» pudieran ser objeto de renuncia sometido a las regulaciones y limitaciones de la ley por necesidad de la vida colectiva. Así por ejemplo, nadie duda que el «trabajo» constituye un derecho irrenunciable, pero tampoco puede dudarse que el trabajador pueda «renunciar» a una relación de trabajo de carácter subordinado. De modo que estimamos que la «irrenunciabilidad» debe referirse siempre, al hecho previo y *a priori*, mientras que si la renuncia se refiere *a posteriori* debe estar sujeta a las regulaciones legales por necesidad de la vida colectiva o interdependencia.

Los segundos aspectos, la «interdependencia» e «indivisibilidad», se refieren al hecho de que los derechos por más fundamentales y «humanos» que sean, debe precisarse que se «ejercen» en el marco de la vida en sociedad, y que nuestros congéneres *también son titulares de derechos fundamentales y humanos*. De modo que se produce una «dependencia» mutua en cuando al ejercicio de tales derechos en el marco colectivo, es decir, «sin más limitaciones que las que deriven del derecho de las demás y del orden público y social» (artículo 20 CRBV). Esta «interdependencia» apunta la necesidad de «armonizar» el ejercicio de los derechos con respecto del mismo ejercicio por parte de las demás personas. En cuanto a la «indivisibilidad» estimamos que tal noción denota la idea de la prohibición de establecer «diferencias» por las personas o por el objeto, en cuanto al ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Es decir, no es posible sostener que el ejercicio de los derechos se da en algún supuesto en un tiempo determinado, pero que en el mismo supuesto —en otro tiempo— no pueda aplicarse de la misma manera.

La «indivisibilidad» se refiere concretamente a la necesidad de que el Estado respete y garantice el ejercicio de los derechos humanos *en todo tiempo y en todo caso*, esto es, aun frente a la declaratoria de los estados de excepción o en los supuestos de restricción de garantías constitucionales.

3. TUTELA REFORZADA O PRIVILEGIADA

Ahora bien, que existan derechos humanos fundamentales y, que éstos, sean «interdependientes», «indivisibles» e «irrenunciables», que además deban ser «interpretados» y «aplicados» sobre la base de la progresividad *no tendría ningún sentido si no se establece que tales derechos deben tener una tutela reforzada o privilegiada*, en el sentido de que no sólo se trata de una obligación *in genere* para los órganos del Poder Judicial sino que también es una «obligación» para todos los órganos del Poder Público. Sería deseable que en una futura reforma de la actual Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se estableciera al-

gún mecanismo por el cual cualquier órgano del Poder Público pueda «tutelar» y «proteger» los derechos humanos, no como una actividad graciosa o voluntaria del órgano, sino como una verdadera obligación cuya omisión o negativa comporte severas sanciones para el órgano que se trate; es decir, cuán útil sería para la constitucionalidad del país, y esa protección eficaz de los derechos humanos que se estableciera como «obligación» que cualquier persona encuentre amparo y resguardo de sus derechos humanos ante estaciones de policías, guarniciones militares, gobernaciones, consejos municipales, órganos de la Fiscalía General de la República, o Defensoría del Pueblo, entre otras, una especie de «tutela» provisional mientras el afectado pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Los derechos humanos tienen una necesidad de «tutela» reforzada y privilegiada, y al ser una obligación para todos los órganos del Poder Público, entonces tiene mucho sentido que tal protección sea brindada de manera efectiva por todos los órganos de ese Poder. Hacer lo contrario o callar sobre esto es dejar que ese hermoso principio constitucional sea letra muerta, y petrificada memoria de lo efímero y del embuste.

b. La constitucionalización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

Señala la Exposición de Motivos que se reconoce como fuente en la protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen. Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos, se establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce o ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público. Por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado. El artículo vigente en la Constitución dispone:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas so-

bre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Señala BREWER-CARÍAS que una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, ha sido el otorgarle rango constitucional a los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución del Perú de 1979 (Art. 105), de la Constitución Argentina de 1994 (Art. 75) y de la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes de 14-10-97¹¹.

Efectivamente la norma consagró los tres postulados básicos señalados por BREWER, primero, la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el Poder Público. En efecto, esa es la tendencia del Derecho comparado, además de la referencia a las Constituciones de Perú y Argentina, estimamos que la norma que mejor ejemplifica esta tendencia es la Constitución colombiana.

En efecto, la moderna Constitución Política de Colombia establece en el artículo 93 lo siguiente: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». Y más adelante dispone que «la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y *en los convenios internacionales vigentes*, no puede entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos»¹².

Por otro lado, la Constitución de Guatemala establece en su artículo 46, una norma simplificada de esta misma orientación: Artículo 46. Preeminencia del Derecho internacional: «Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia», mientras que el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua señala que:

¹¹ Vid. BREWER CARÍAS, Allan: *La Constitución de 1999, Comentada*. Editorial Arte. Caracas, 2000, p. 161.

¹² Vid. COLOMBIA: Constitución Política, Arts. 93 y 94.

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Sería mezquino no reconocer que la norma constitucional consagrada en el citado artículo 23 es herencia del Proyecto CALDERA, el cual en su artículo 20 establecía: «Los derechos y garantías establecidos por los tratados, acuerdos, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela tendrán aplicación preferente sobre cualquier disposición del orden jurídico interno, siempre que amplíen los derechos y garantías contenidos en esta Constitución».

Mientras que en el Proyecto de la Comisión Bicameral para la discusión del proyecto de reforma constitucional de 1989, se establecía «Los derechos y garantías establecidos por los tratados, acuerdos, convenciones, pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, tendrán aplicación preferente sobre cualquier disposición legal o reglamentaria del orden jurídico interno».

C. ALGUNOS DESFASES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Como todo ordenamiento preconstitucional existe una natural resistencia a ser moldeada, adaptada o re-interpretada, y si se trata de la doctrina (tanto de los autores como de los jueces) la resistencia es mucho mayor. Si los jueces tienen cincuenta años en el poder judicial el «cambio» huele y suena a «locura» o «perogrullo», si el juez es reciente en sus funciones, es natural que se disponga a aplicar lo que otros, en su lugar, han hecho durante años, con lo cual el círculo se cierra constituyéndose en un vicio inescindible. Ello ocurre, normalmente, con todas las ciencias jurídicas, y aun en el contencioso administrativo.

Estimamos que existen «desfases» del contencioso administrativo con respecto del nuevo ordenamiento constitucional, y mucho más, con respecto del avance y el desarrollo de la ciencia del proceso; en parte, la responsabilidad deriva de la propia doctrina que ha cultivado este campo pues sus propios moldes de visión han impedido nuevas abstracciones o perspectivas. Existe un pilar básico que hay que replantear: la doctri-

na administrativa está convencida que el contencioso administrativo es «derecho administrativo» y no, como debería ser, «derecho procesal», y es por ello que la formación del «administrativista» por lo general descuida los elementos estructurales de la ciencia del proceso. Esta situación explica que el análisis —desde la teoría general del proceso— del contencioso administrativo suene «discordante», y a veces vacío, motivo de las más acaloradas discusiones.

Un primer punto que genera espasmo y discusión es negar la repetida afirmación de la existencia de una «jurisdicción» contenciosa administrativa; señalar que la «jurisdicción» es una sola y que no admite divisiones luce como una pretensión de restarle importancia o facultades a los órganos encargados de ejercerla, cuando es todo lo contrario. La jurisdicción, es ante todo, una «función del Estado» por la cual se disponen un conjunto de órganos para atender las peticiones (pretensiones) que ante ellos realicen los administrados, órganos éstos autónomos, independientes, predeterminados, e idóneos, la jurisdicción entonces, compone, pero no agota el sistema de administración de justicia. Esos órganos (jurisdiccionales) tienen una esfera limitada de conocimiento, esto es, se le ha otorgado una esfera de la vida sobre la cual pueden y deben intervenir, y esa limitación «objetiva» o «material» se denomina *competencia*. Lo contencioso administrativo es la esfera de la vida jurídica sobre lo cual los órganos jurisdiccionales pueden conocer, decidir, ejecutar y prevenir. Concebir lo contencioso administrativo como una «competencia especial» y no como una jurisdicción en modo alguno minimiza, disminuye o descalifica a los órganos jurisdiccionales¹³.

Este aspecto de la «jurisdicción» es el menos importante y, quizás el menos dañino, ya que en otros aspectos procesales las consecuencias tienen honda repercusión en la esfera jurídica de los justiciables, sólo nos referiremos a algunos aspectos que nos merecen atención en estos momentos.

¹³ Que el equívoco de «jurisdicción contenciosa administrativa» hubiese alcanzado niveles constitucionales, tanto el artículo 206 de la derogada Constitución, como en el artículo 259 de la vigente, no dispensa al intérprete de descifrar cual es el verdadero sentido. Lo de «verdadero» sólo lo utilizamos en el sentido de la congruencia, pues la verdad o la falsedad en nada tiene que ver con los razonamientos jurídicos sino fundamentalmente en la congruencia de los planteamientos.

I. Demanda, pretensión y acción en el contencioso administrativo

En el Título que regula los «procedimientos» de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se consagran normas sobre la «inadmisibilidad» de la demanda; así el artículo 84 dispone que:

No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:

1. Cuando así lo disponga la ley;
2. Si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal;
3. Si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado;
4. Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles;
5. Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República;
6. Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación;
7. Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye al actor;

Artículo 124: El Juzgado de Sustanciación no admitirá recurso de nulidad:

1. Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente;
2. Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa;
3. Cuando exista un recurso paralelo;
4. Cuando concurra alguna de las circunstancias señaladas en los ordinales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 84 de esta ley o en la primera parte del ordinal 5 del mismo artículo.

Como se sabe, el artículo 84 es una «disposición general» aplicable a todo tipo de procedimiento, mientras que el artículo 124 regula, en especial, los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares. Ahora bien, bajo la perspectiva de la teoría general de la acción, el uso de la expresión «acción» y «demanda» en las normas anteriores luce desfasada con respecto del avance de la ciencia del proceso; si bien no es éste el espacio para explicar la evolución de esos conceptos, debe señalarse que, a diferencia de hace sesenta años, hay consenso en los siguientes aspectos:

- a. La demanda es el «documento» que contiene la «pretensión» que se deduce por ante los órganos jurisdiccionales; o si se quiere, es también el «acto» por el cual se da inicio a los procesos jurisdiccionales.

- Desde este punto de vista, la demanda carece de «requisitos» de admisibilidad sino en todo caso un contenido mínimo. Debe saberse que la «admisibilidad» proviene del latín *mittere* que significa «darle entrada a alguien o a algo», y se distingue de la «procedencia» en tanto que esta última se refiere al mérito de la pretensión;
- b. La acción se concibe como el derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, la posibilidad jurídico constitucional de acudir ante los órganos jurisdiccional y plantear pretensiones, y deriva de una doble garantía constitucional: por una parte, el derecho de petición y oportuna respuesta (consagrado en el artículo 51 CRBV), y el derecho de acceso a la justicia (artículo 26 *eiusdem*); y,
 - c. La pretensión que es el contenido de la acción, es decir, constituye el bien de la vida que una persona «aspira» le sea conocida, tramitada y decidida en la decisión de mérito; la pretensión puede ser vista como «acto declarativo de voluntad» (por la cual un sujeto exige de otro la sujeción de la voluntad a quien pretende) (FAIRÉN GUILLÉN); puede verse también como una «aspiración» de satisfacción de un interés sustancial (LIEBMAN y DE LA RÚA), o simplemente como satisfacción jurídica (JAIME GUASP); pero hay algo en lo cual existe consenso: la pretensión no es la acción (COUTURE) sino sólo su contenido.

2. Las llamadas causales de «inadmisibilidad» de la «acción»

Ahora bien, con base en esta plataforma cognoscitiva se advierte inmediatamente que cuando el artículo 84 dispone causales de «admisibilidad» de la demanda debe entenderse que se refiere a la «admisibilidad de la pretensión» pues, como vimos, la demanda no resulta *per se* admisible o inadmisibile; tampoco se refiere a «admisibilidad» de acciones pues éste, como derecho constitucional, no requiere de un acto que la declare como tal (la acción se ejerce desde el mismo momento en que se presenta la demanda, esto es, desde ese momento se acude ante los órganos jurisdiccionales), luego la acción tampoco resulta *per se* admisible o inadmisibile, en ambos casos se tratará de condiciones de admisibilidad de la pretensión, esto es, de lo que se aspira, o se pretende resolución por parte de los órganos de administración de justicia. Así entonces cuando el artículo 84 dispone que «no se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte», cuando «así lo disponga la ley», es un mandato inútil pues si ya existe una norma que dispone la «inadmisibilidad de la pretensión» es innecesario una reiteración adicional en el artículo 84.

Si la pretensión resulta inadmisibile «si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal» resulta un contrasentido. Si el conoci-

miento de la pretensión (que no de la acción) compete a otro tribunal estamos ante un evidente caso de «falta de competencia» y la falta de competencia, en nuestro sistema judicial, no genera la «inadmisibilidad» sino remitir el expediente al tribunal que sea, efectivamente, el competente (a diferencia de la falta de jurisdicción que acarrea la nulidad de lo actuado y el archivo del expediente). Recordemos que la inadmisibilidad de la pretensión constituye una manifestación definitiva de los órganos jurisdiccionales de no ofrecer tutela jurídica porque se supone la pretensión no tiene cabida en derecho (sea por prohibirlo expresamente la ley, o por la llamada improponibilidad manifiesta de la pretensión), pero tal acto, grave por sí mismo, debe ser tan evidente que no ofrezca duda alguna. En los supuestos de «incompetencia» por el cual se declare la inadmisibilidad de la pretensión, a nuestro ver, constituye un menoscabo del derecho a un debido proceso, y una limitación de acceso a la justicia, y por consiguiente esta norma debe reputarse inconstitucional, y su vacío debe llenarse disponiendo que el expediente sea remitido al tribunal que resulte ser competente. Debe tomarse siempre en cuenta que la «competencia» no es un presupuesto del proceso sino de la sentencia de mérito, lo cual implica que los actos cumplidos por ante un tribunal incompetente son válidos y producen plenos efectos jurídicos.

La norma, en tercer lugar, dispone la inadmisibilidad de la pretensión si «si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado», lo cual —a diferencia de proceso ordinario civil— constituye una situación de avanzada, si tomamos en cuenta que la caducidad extingue la posibilidad de realizar peticiones por ante los órganos jurisdiccionales y que sanciona la falta de interés en hacerlo dentro de determinado lapso establecido expresa y excluyentemente por la ley. Si ello es así, la caducidad puede verificarse de oficio sin necesidad de planteamiento de las partes o de prueba en contrario. Esta previsión de la Ley Orgánica de la Corte resulta mucho más congruente que lo planteado en el Código de Procedimiento Civil que establece la caducidad como una defensa previa (art. 340, 10), aunque también puede oponerse como defensa de fondo (art. 361 *eiusdem*). Con respecto de la llamada «inepta acumulación» de «acciones» y el acompañamiento de documentos fundamentales serán tratados en epígrafes separados¹⁴.

¹⁴ Por razones metodológicas y, fundamentalmente, por razones de espacio en un libro colectivo como éste, no nos detendremos en las llamadas causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 124 de la LOCSJ.

3. Un dinosaurio jurídico: la inepta acumulación de «acciones»

La llamada «inepta acumulación» de «acciones» efectivamente es un «dinosaurio», por lo anticuado y por el gran daño que puede causar en la esfera de los justiciables. No perdamos de vista que esta institución está prevista como causal de «inadmisibilidad» de la demanda, esto es, para «negar la entrada» de una determinada pretensión al conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Si partimos de la idea de que la acción es la posibilidad jurídico constitucional de acudir ante los órganos de justicia (como derecho a la jurisdicción, o a acceso a la justicia), resulta evidente que las «acciones» no pueden excluirse porque, además, no se ejercen «varias» acciones; en efecto, la acción es una, indivisible, holística y heurística, no cabe hablar de «tipos» ni de «modos» de accionar, la actividad — acudir ante los órganos de administración de justicia— será siempre la misma actividad; en consecuencia, de *por sí* y *en sí*, la acción no puede ser «acumulada» y mucho menos puede ser «inepta». A lo que alude la norma es a la «pretensión», esto es, lo que puede resultar acumuladas son «diversas» y «varias» pretensiones contra un mismo sujeto de derecho, y sólo en este sentido cabe hablar de inepta acumulación. Nuestro vigente Código de Procedimiento Civil capta esta sutil, pero importante, diferencia al establecer en su artículo 77 al establecer: «El demandante podrá acumular en el libelo cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos», y a renglón seguido establece la «manera» o la «forma» en que tales, varias pretensiones, pueden ser acumuladas en el mismo libelo:

Artículo 78: No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al mismo tribunal; ni aquéllas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí.

Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí.

Como se aprecia las razones de acumulación indebida se debe a pretensiones «contradictorias», o pretensiones «contrarias», pero tal contradicción o incompatibilidad tiene que ser «manifiesta» o evidente, y en la cual sea imposible teórica o prácticamente determinar qué cosa es lo pretendido, de tal suerte que la pretensión no puede tramitarse debido a esta incongruencia lógica; *v. gr.* no puede solicitarse «resolución» y al mismo tiempo «cumplimiento» de un mismo contrato, pues en tal caso, la pretensión es indescifrable. De tal manera que no toda acumulación de pretensiones es indebida sino aquella que resulte de imposible tramitación;

y en segundo lugar, aquellas cuyos procedimientos se excluyan mutuamente.

Era común observar en los tribunales contencioso administrativos y en el Tribunal de la Carrera Administrativa aplicar la indebida acumulación en aquellos supuestos en que el demandado acumulaba a su demanda de nulidad del acto administrativo de remoción o destitución, una pretensión de condena pecuniaria por pago de prestaciones sociales. El tribunal admitía y tramitaba el asunto y al cabo de cinco o más años, le señalaban al actor: hay inepta acumulación, y en consecuencia la demanda es inadmisibile. Esto traía como consecuencia que el acto no podía volver a intentar la demanda de nulidad por la caducidad y, también perdía las prestaciones sociales, por la prescripción... *y todo en nombre de la República y por autoridad de la ley*. Sin embargo, en tales casos no se verifica, en modo alguno, ni contradicción, ni contrariedad que haga imposible la tramitación de la pretensión, lo que siempre debió entenderse es que, en tales casos, las diversas pretensiones no podían ser resueltas sino en el orden lógico, es decir, de no acordarse la reincorporación y dar por válido el acto impugnado, resolver como consecuencia lógica necesaria, la pretensión de prestaciones sociales. Ello cuesta poco razonamiento, y se gana mucho en justicia.

En sentencia del 24 de mayo de 2000, en el caso José Israel Corre vs. INCE (expediente 97-19319, N° 510, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció:

En primer lugar debe pronunciarse esta Corte con relación de la admisión de la presente querrela, y se observa que:

Al respecto debe señalar que en efecto, el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone: «No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: ordinal 4°: «cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente, o cuyos procedimientos sean incompatibles», lo cual aparejaba que, en casos como el presente, donde se solicitaba de manera conjunta el pago de vacaciones vencidas y no disfrutadas (lo cual procede al finalizar la relación de empleo público tal como lo establece el artículo 21 de la Ley de Carrera Administrativa) y, al mismo tiempo, la reincorporación como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto (lo que supone en este caso, la continuación de la relación de empleo público), se declarará que existía una «inepta acumulación» de acciones a tenor del transcrito artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia transcrita *ut supra*. Sin embargo, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales en la cual se moldea la existencia de un Estado justicialista por encima de las formalidades, y al declararse la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Democrático y de justicia en la cual se propugnan los valores de la «ética» como plataforma axiológica fundamental, el anterior criterio puede y debe ser objeto de una revisión.

La evolución doctrinal de los conceptos de «acción» y «pretensión» a lo largo de la doctrina procesal ha sido desigual y accidentada; en una primera época el concepto de acción se identificó con el «derecho material debatido en juicio» tal era el criterio de los romanos que pasó así a la Escuela francesa de Derecho procesal y hasta finales del siglo XIX estaba vigente en Alemania (Véase *u. gr.* La tesis de Federico Carlos Von Savigny); pero a partir de la discusión entre T. MUTHER Y WINDSCHEID la «acción» adquiere independencia del derecho material para dar nacimiento a la «ciencia del proceso» y como categoría procesal pura. La discusión, sin embargo continuó bajo la óptica del derecho material en la corriente de GIUSEPPE CHIOVENDA, y del derecho abstracto de los españoles (VÍCTOR FAIRÉN, LEONARDO PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, entre otros). La tesis vigente en nuestro procesalismo contemporáneo está en que la acción se entiende como categoría abstracta y universal (subjétivamente hablando) de acudir ante los órganos jurisdiccionales y realizar sus peticiones; esto es, la acción, no es más que el derecho de petición mismo formulado ante las autoridades jurisdiccionales y ello se observa claramente en una interpretación concatenada de los artículos 51 y 26 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La evolución legislativa venezolana pasó por esos estadios y así el Código de Procedimiento Civil identificaba la «acción» con el derecho material, y muy recientemente en el Código de Procedimiento Civil de 1987 comenzó a utilizarse correctamente el término «pretensión» donde, antes se usaba el término «acción», y ello con base en las modernas enseñanzas de nuestra propia Ciencia procesal y el Derecho comparado donde la «pretensión» es el contenido de la «acción» que se deduce ante la «jurisdicción» a través de un «proceso», está aquí la llamada «trilogía estructural de la ciencia procesal» (acción, jurisdicción y proceso) que enseñaba el profesor RAMIRO PODETTI. Esta evolución explica que otras leyes que aún no han sido reformadas y adecuadas a las nuevas y modernas corrientes de derecho procesal continúen planteando «acción» cuando en realidad se refieren a «pretensiones», y tal es el caso del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al plantear la idea de «acciones que se excluyan», por cuanto se repita la acción es la posibilidad jurídico constitucional de plantear pretensiones ante los órganos de administración de justicia y, en consecuencia, nunca puede existir la noción de «acciones» que de mutuo se excluyan. Así pues, otra cosa ocurre con la «pretensión» (como contenido de la acción) pues en este caso lo que se trata es de «peticiones» realizadas a través del ejercicio de la acción que no pueden concederse por ser manifiestamente contrarias a los principios lógicos de identidad, tercero excluido y, principalmente, el principio de no contradicción.

El Código de Procedimiento Civil, en cambio, sí recoge estas nuevas enseñanzas y, a tal efecto, dispone en su artículo 77 «El demandante podrá acumular en el libelo, cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos», y luego en el artículo 78 «No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí, ni las que por ra-

zón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal, ni aquellas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí. Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí». En efecto, deberá indagarse ¿cuándo estamos en presencia de *pretensiones* que se excluyan entre sí?, que desde el punto de vista lógico habrá una *mutua implicación de exclusión*, lo que se traduce en el campo judicial que la *mutua exclusión* se da cuando manifiestamente una pretensión elimina *por necesidad* la otra pretensión (V. gr. cuando se pide al mismo tiempo resolución y cumplimiento de un contrato).

Aplicando al caso *sub examine* los anteriores razonamientos al caso de autos, es necesario destacar que en otras decisiones esta Corte ha establecido como premisa axiológica de interpretación que *la interpretación de las normas jurídicas debe ser aquella que mejor convenga y mejor desarrolle los preceptos de carácter constitucional, y en aras de una real y efectiva tutela judicial de intereses y derechos, sin atender a formalismos innecesarios o no esenciales, tal como se desprende de una lectura concatenada de los artículos 19, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, teniendo como base que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas, tal como lo dispone el artículo 253 eiusdem*. La petición hecha por el querellante fue plasmada en los siguientes términos:

De una detenida lectura de la norma se desprende que el conjunto de peticiones efectuada por el querellante donde pide «sueldos dejados de percibir hasta la reincorporación... y los otros beneficios de bono vacacional, vacaciones vencidas y no disfrutadas, remuneración de fin de año... y los beneficios que se sigan venciendo hasta la reincorporación...», entiende esta Corte que las supuestas vacaciones vencidas solicitadas por el querellante no es una «pretensión principal» y autónoma sino como una consecuencia de haber sido retirado ilegalmente de la Administración; esto es, es común observar cómo los abogados solicitan reincorporación al cargo (previa la nulidad del acto) y como una supuesta consecuencia de ello, solicitan *todos los beneficios que dejaron de percibir* donde incluyen el pago de unas supuestas vacaciones causadas y no disfrutadas como consecuencia del tiempo que dure el procedimiento. Entiende esta Corte entonces, procurando conocer la verdad dentro de los límites del oficio de juzgar a tenor de lo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que no existe una «evidente» mutua exclusión de pretensiones que haga establecer la inadmisibilidad de la querrela, por cuanto, como se expresó, no se trata de «vacaciones vencidas y no disfrutadas» antes de la remoción sino como una supuesta consecuencia del tiempo transcurrido durante la tramitación de la querrela.

En conclusión estimamos que la indebida acumulación de pretensiones se da en tres casos específicos:

- a. En los supuestos de contrariedad o contradicción evidente de las pretensiones acumuladas de tal forma que imposibiliten su tramitación;

- b. En aquellos supuestos en que las varias pretensiones acumuladas deban ser tramitadas por procedimientos que difieran y se excluyan mutuamente;
- c. En los supuestos de que las varias pretensiones sean de competencia de más de un tribunal.

En los demás casos, corresponde al tribunal de la causa determinar el orden en que deba resolver las diversas pretensiones acumuladas, para no negar la sagrada misión de impartir justicia a quien, necesitado de ella, acude ante los estrados judiciales.

4. El inefable «acompañamiento» de documentos fundamentales

En esta materia debe dársele también un tratamiento distinto. Recordamos que el artículo 84 dispone que la «demanda» no será admitida si no se acompañan los documentos indispensables para verificar si la «demanda es admisible», como se aprecia por un simple ejercicio de lógica elemental *no puede declararse inadmisibile una pretensión por la falta de documentos que permitan verificar si es admisible*, ello constituye una petición de principios. En esta materia, los avances en el proceso civil han sido sumamente útiles, por cuanto ciertamente se ordena que los documentos fundamentales deben ser acompañados al libelo de demanda, pero en materia de documentos públicos puede señalarse el lugar o la oficina donde se encuentren, en cuyo caso basta el señalamiento y la identificación. En el contencioso administrativo se sabe que el tribunal, antes de admitir formalmente la pretensión puede solicitar los antecedentes administrativos del caso, luego resulta un contrasentido que se niegue tutela jurídica por no acompañar los documentos que reposan en tal expediente administrativo; y por otro lado, la obligación de formar expediente corresponde a la Administración a tenor de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, motivo por el cual no se puede castigar con la «inadmisibilidad» de su pretensión al administrado por la falta de tales documentos.

D. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO CONDICIÓN DEL DERECHO DE ACCIONAR

I. El derecho de jurisdicción y el derecho a la jurisdicción

Etimológicamente, la voz «jurisdicción» proviene del latín *iuris-dictio* que significa «decir» el Derecho; sin embargo la noción etimológica no es, precisamente, la que se maneja en la ciencia procesal. En efecto, «decir el derecho» puede ser una actividad realizada por los órganos de la Admi-

nistración Pública (cuando dicta un acto administrativo denegatorio o permisivo); también es una actividad que puede ser realizada por el Poder Legislativo, cuando establece conceptos que no preceptos de conducta; mientras que, por otro lado, la jurisdicción es la diaria actividad de los órganos judiciales. Pero, la «jurisdicción» para la ciencia del proceso es algo más que «decir el derecho», supone también la vocación definitiva de lo decidido, la ejecución, aun en contra de la voluntad del justiciable perdidoso; es también la «uniformidad» de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que sirven de pauta *para todos los demás órganos del Poder Público y para los particulares*.

Ocurre con mucha frecuencia en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos que el uso de la voz «jurisdicción» se equipara con la «competencia» procesal¹⁵; en otras ocasiones se utiliza para denotar el conjunto de atribuciones de un órgano del Poder Público, e incluso para significar el ámbito geográfico-territorial del ejercicio de alguna potestad pública. Todos estos usos responden a una errada técnica jurídica, tal como lo afirma DEVIS ECHANDÍA¹⁶. En realidad, para la ciencia procesal, la jurisdicción se vincula con una «función del Estado» al lado de las demás funciones de «administración» y «legislación»; luego, la noción de jurisdicción se vincula con una de las funciones fundamentales del Estado contemporáneo, en este sentido JAIME GUASP lo define como «la función específica estatal por la cual el Poder Público satisface pretensiones», y esa «satisfacción» se logra, a nuestra manera de ver, al «conocerlas», «decidirlas», «ejecutarlas» y «prevenir las».

Algunas legislaciones, como la española, se ocupan de definir lo que debe entenderse por jurisdicción, y en tal sentido FAIRÉN GUILLÉN ha señalado que por jurisdicción se entiende «la potestad de juzgar y ejecutar lo

¹⁵ Así ocurre con los artículos 146, 147, 148, 448 y 449 del Código Judicial de la República de Colombia; artículo 72 del Código General del Proceso en Uruguay; artículo 216 del Código Judicial de Panamá establece: «Carece de jurisdicción en un asunto, el juez que carece de competencia para conocer de él». En la Constitución de la República de Venezuela, concretamente en su artículo 206 se establecía «impropiamente» la noción de «jurisdicción contenciosa administrativa», error que fue repetido en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este caso concreto se utiliza la voz «jurisdicción» para denotar la esfera objetiva sobre la que la jurisdicción puede actuar. Como afirma DEVIS ECHANDÍA: «esta acepción es notoriamente inapropiada. El conjunto de negocios o asuntos puesto al conocimiento de los jueces constituye la materia sobre la cual ejercen su jurisdicción, a través de las reglas de la competencia por las cuales se distribuye aquella en cada caso». En materia de amparo constitucional en Venezuela se habla de la procedencia del amparo contra decisión judicial cuando el juez «actúa fuera de su competencia» para relajar y ampliar el concepto de competencia a aspectos diferentes a la materia ventilada y conocida por el órgano.

¹⁶ Vid. Devis ECHANDÍA, H.: *Manual de Derecho procesal civil*, pp. 320 y siguientes.

juzgado en todo tipo de procesos, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales»¹⁷. Para REDENTI la función jurisdiccional del Estado obra y actúa para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, quien quiera y contra cualquiera que fuere, y por otro lado, DEVIS ECHANDÍA define la jurisdicción como: «La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del Derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la Ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva».

La definición mayormente aceptada corresponde a MONTERO AROCA para quien la jurisdicción es «la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes y predeterminados por la Ley, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias».

Visto desde el punto de vista funcional, la jurisdicción se ejerce exclusivamente por los órganos «predeterminados» para ello y, en este sentido, se tiene o no, pero no admite términos intermedios; además de ello, la jurisdicción es única e indivisible (cuando se alude a la «jurisdicción civil» o «penal» en realidad se refiere al ámbito objetivo de posibilidad de actuación del órgano con jurisdicción, es decir, se refiere a la *competencia*, y ésta supone la existencia de la jurisdicción. Tanto es así que puede haber jurisdicción sin competencia, pero no, competencia sin jurisdicción. La competencia es la medida o la limitación de la jurisdicción, constituye su «contenido» pero no su «forma»; formalmente se deja de tener jurisdicción en tres casos: a) frente al juez extranjero; b) frente a la Administración Pública; y c) en otros supuestos previstos expresamente en la ley. En cambio que, entre «tribunales» de un mismo país no pudiera darse nunca un «conflicto de jurisdicción» sino, en todo caso, sobre «competencia».

Para Eduardo J. COUTURE, criterio seguido por Devis ECHANDÍA en Colombia, la jurisdicción constituye una función del Estado determinada por

¹⁷ Vid. Artículos 117.3, y 10.2 de la Constitución española; y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. El origen de esta norma se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, y que la Constitución de 1978 no varió en su sentido. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Doctrina general del derecho procesal. (Hacia una teoría y Ley procesal generales)*, pp. 101 y siguientes.

su *forma* (presencia de partes, jueces y procedimientos establecidos en la ley), y por su *contenido* (presencia de un conflicto o diferendo de relevancia jurídica. Sin embargo, la misma evolución del pensamiento del maestro COUTURE lo llevó luego a matizar esta afirmación. En efecto, resulta un error, frecuentemente además en la doctrina y en la jurisprudencia, pensar que el concepto de jurisdicción supone la presencia de «conflictos».

El conflicto o litigio (conflicto jurídico) no es *consustancial* con el proceso y mucho menos es «esencial» a la jurisdicción; puede perfectamente haber jurisdicción sin conflicto social, psicológico o jurídico. Así por ejemplo, en las demandas de nulidad de matrimonio bien pudiera no haber conflicto o controversia, pero nadie duda que se ejerce en esos casos una función jurisdiccional; también en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, que supone un *procedimiento no contencioso* (y no de «jurisdicción voluntaria como se ha pretendido) es «necesaria» la inexistencia del conflicto o controversia, sin embargo nadie dudaría de la cosa juzgada de las decisiones que allí se dictan. En cuanto a la llamada «jurisdicción voluntaria» puede discutirse si es «jurisdiccional» o no, pero no hay duda que la presencia o ausencia de conflictos *no es lo que define la jurisdicción*; piénsese en el contencioso contra norma, que es el único juicio objetivo (ausencia de partes, esto es, técnicamente no hay conflicto entre partes sino sólo un *interés* en las resultas del proceso) en Venezuela, donde la ausencia de contención es evidente, pero nadie dudará del carácter «jurisdiccional» de la sentencia que allí se dicte, empero allí hay jurisdicción; y por último, en las demandas de nulidad de las leyes, tampoco técnicamente hay conflicto entre partes, puede existir sólo un interés en las resultas del proceso, pensar que la noción de «conflicto» es consustancial con la de «jurisdicción» no sólo ha significado dejar de ver «jurisdicción» donde efectivamente la hay, sino el fenómeno inverso, a buscar elementos jurisdiccionales donde, a nuestro parecer, sólo hay una actividad administrativa.

Así pues, la jurisdicción se define en términos de las pretensiones planteadas y de los efectos que la decisión jurisdiccional comporta en la esfera jurídica de los justiciables; la pretensión procesal «limita» el ámbito objetivo de conocimiento del Juez (*Thema desidendum*), y el carácter de sus decisiones es la de ser vinculantes a las partes en un proceso y además vinculante para cualquier otro proceso futuro (cosa juzgada). Estos elementos no se encuentran presentes en la actividad administrativa.

La premisa fundamental es la de concebir la «jurisdicción» —desde el punto de vista de la ciencia procesal— en dos sentidos: a) Como *derecho de jurisdicción* en la forma de un servicio público que presta el Estado a

través de unos órganos especializados, autónomos, independientes, como manifestación de la soberanía y que, por ello mismo, emanan de todos los habitantes del país. b) Como *derecho a la jurisdicción*, que constituye el *derecho de acción*, concebido como posibilidad jurídico-constitucional que tiene toda persona de acudir ante los órganos del servicio de jurisdicción, para salvaguardar los derechos e intereses que le correspondan. Este derecho de jurisdicción se conoce también como el «derecho a la justicia», es decir, la posibilidad de realizar peticiones ante el sistema de justicia¹⁸. La jurisdicción como servicio público, presenta los siguientes rasgos fundamentales:

- a. El servicio de la jurisdicción emana de la soberanía del Estado (por delegación de cada uno de los ciudadanos), y por ello mismo puede ser oponible frente al juez extranjero;
- b. La jurisdicción es una función exclusiva del Estado que presta el servicio a través de uno de los órganos de una de las ramas del Poder Público, tales son, los órganos del Poder Judicial, y por ello mismo la jurisdicción puede ser oponible frente a la Administración Pública;
- c. La jurisdicción —como servicio público que es— sólo puede ser indelegable e inderogable por los particulares, pues sus instituciones son de orden público; y además, no le corresponde a la *persona* sino al *órgano* que la ejerce;
- d. Todos los órganos del Poder Judicial tienen «jurisdicción» aun cuando sea limitada a un objeto material concreto que se denomina *competencia*.

2. El acceso a la justicia como valor constitucional fundamental

El «derecho a la jurisdicción» significa el acceso ante los órganos jurisdiccionales, y tal posibilidad se denomina «acción»; en otras palabras, el derecho de accionar no es más que la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, es decir, derecho a la jurisdicción que tiene, hoy día, rango constitucional. Como lo apunta EDUARDO COUTURE, la posibilidad de accionar no es más que una manifestación del derecho constitucional

¹⁸ Como lo señala el maestro Román DUQUE CORREDOR siguiendo el pensamiento de GUASP y GONZÁLEZ PÉREZ en España «existe para los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo público de que el Estado organice un sistema de un modo tal que se satisfaga ese imperativo de la justicia y de que desaparezcan los obstáculos que impiden ese fin». Vid. DUQUE CORREDOR, Román José: *La admisión de las demandas en el contencioso administrativo y el derecho constitucional a la justicia*, Mim. p. 2; GUASP, Jaime: *Administración de justicia y derechos de personalidad*, apud. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, pp. 27 y siguientes.

de petición, pero realizado frente a los órganos de administración de justicia. Con el nuevo Texto Fundamental el derecho de accionar se coloca en la cúspide de los derechos fundamentales como «derecho de acceso a la justicia» con todas las connotaciones que ello comporta. El ordenamiento jurídico puede «regular» su ejercicio y para ello se destinan las leyes procesales, mas, sin embargo, el legislador ordinario no puede «limitar» el ejercicio del derecho de accionar en tanto que éste tiene como naturaleza la de ser un «derecho fundamental»; las regulaciones sólo pueden ser a través de leyes orgánicas, y las mismas no pueden comportar una «extinción» del derecho.

Tradicionalmente en Venezuela se había sostenido, con acalorada fuerza, que el agotamiento previo de la vía administrativa era una *conditio sine qua nom* para acudir ante los órganos de administración de justicia, y tal opinión se fundamenta, válidamente además, en la necesidad de mantener y fomentar la autotutela administrativa, por la cual se permite que la propia Administración pueda revisar la legalidad o legitimidad de sus propios actos. Ahora bien, ¿realmente tiene vinculación «causal» el acceso a la jurisdicción con la autotutela administrativa? ¿por qué la exigencia del agotamiento de la vía administrativa es un obstáculo para el acceso a la jurisdicción? Veamos: como antes señalamos, el derecho de accionar (derecho a la jurisdicción) tiene indudable rango de derecho fundamental, lo cual supone varias consecuencias:

1. Los derechos fundamentales constituyen un límite al ejercicio del Poder Público; al Ejecutivo, por ejemplo, porque no puede suspender su ejercicio aun en caso de conmoción interna o externa; al Legislativo, porque no puede «limitar» sino regular su ejercicio de manera exclusiva a través de leyes orgánicas, y al Judicial, porque los derechos fundamentales requieren y suponen tutela reforzada;
2. La consagración de derechos fundamentales implica un mandato a los órganos de administración de justicia sobre la interpretación y aplicación, en el sentido que siempre debe escogerse la que mejor desarrolle el derecho fundamental mismo;
3. Los derechos fundamentales son la base de la legitimidad del ejercicio del poder, en el sentido que sólo cuando las sociedades organizadas son capaces de garantizarle a los asociados esa zona irreductible e infranqueable de derechos subjetivos, entonces puede «sostenerse» la asociación misma.

Repetimos: el legislador orgánico puede «regular» el ejercicio de los derechos fundamentales pero no puede extinguirlo, y ello es lo que ocurre, precisamente con el derecho de acceso a la jurisdicción, pues desde el

mismo momento que se presenta como una causal de inadmisibilidad, esto es, desde que se consagra como una imposibilidad de que los justiciables acudan a los órganos de administración de justicia se «elimina» la posibilidad de accionar, y ello es «limitación» no regulación del ejercicio del derecho. Como quiera que las primeras decisiones judiciales que señalaron de manera expresa la inconstitucionalidad de esta situación, muchos colegas nos han preguntado que si este razonamiento es válido para el agotamiento de la vía administrativa, ¿por qué no lo es para la caducidad? La respuesta es, en el fondo, sencilla: la caducidad es una sanción a la inactividad y en consecuencia —como carga procesal— se trata de un acto volitivo por el cual quien debe acudir ante los órganos jurisdiccionales en determinado lapso y no lo hizo, corre con las consecuencias, y éste es el meollo tanto de la caducidad, como la perención, prescripción, y las obligaciones a término. Se trata de una sanción a la falta de interés procesal, del no uso del derecho de acceso a la jurisdicción. Como se aprecia son dos situaciones completamente diferentes: el agotamiento previo de la vía administrativa es una exigencia del legislador ordinario, mientras que la caducidad proviene de la propia voluntad del interesado.

La doctrina judicial que construimos en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bebe su fuente de la opinión doctrinaria del maestro Román José DUQUE CORREDOR, quien ya había alertado sobre la inconstitucionalidad de esta situación, y además se sustenta sobre la diferenciación de valores normativos legales y valores normativos fundamentales. El valor o bien jurídico tutelado con la exigencia legal es salvaguardar la tutela administrativa, mientras que el valor normativo fundamental es el libre acceso a la jurisdicción en los términos consagrados en el artículo 19, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Si puede obtenerse una interpretación de la norma que logre dejar incólume la autotutela administrativa y, al mismo tiempo, pueda cumplir con el mandato constitucional establecido en las normas mencionadas, entonces esa es la interpretación que mejor desarrolla los preceptos constitucionales.

Debemos advertir, la errónea conclusión que a nivel colectivo ha causado nuestra decisión: no se trata de eliminar el agotamiento de la vía administrativa, ni comporta una merma en la capacidad de la Administración de revisar la legalidad o legitimidad de sus propios actos administrativos, sino de colocar la opción al administrado de: a) Agotar la vía administrativa a través del ejercicio de los correspondientes recursos administrativos; o b) Acudir directamente ante los órganos jurisdiccionales. Ello implica que ejercitada la opción no pueden tramitarse ambas a un mismo tiempo, es decir, si el administrado acudió al ejercicio de los recursos

administrativos debe esperar la respuesta de la administración, o el cumplimiento del lapso que tiene la administración para responder, y sólo entonces podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales. Veámoslo de esta manera: si el administrado interpuso contra un acto administrativo, el recurso de reconsideración no puede acudir a la jurisdicción sino una vez que la Administración dé respuesta, o haya operado el silencio administrativo; si ejerce el recurso jerárquico igual debe esperar la respuesta de la administración o el vencimiento del lapso, para acudir a la jurisdicción.

Si iniciado el procedimiento jurisdiccional y la administración (en mora) da respuesta, debe determinarse el contenido de esa respuesta, si al administrado se le otorgó lo que solicitaba entonces decae el procedimiento jurisdiccional por falta de interés sustancial; si en cambio, la Administración decide en sentido adverso al administrado, la jurisdicción fallará tomando en cuenta los dos actos: el acto originario impugnado, y el acto de respuesta al recurso interpuesto. Si bien este esquema procedimental luce engorroso, todo es cuestión de acostumbrarnos pues en el fondo es en extremo sencillo.

Con respecto del mal llamado «antejuicio administrativo», la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencias posteriores a la que comentaremos, recogió velas y consideró la conveniencia de mantenerlo, fundamentalmente porque en la práctica la labor ha sido sumamente positiva y muchos conflictos se han resuelto en sede administrativa; además de ello, se trata de demandas patrimoniales contra la República, es decir, se trata de bienes patrimoniales de la sociedad que supone un interés público involucrado y ello merece, también, tutela reforzada. De tal manera que la sentencia que comentaremos en el epígrafe siguiente hay que tomar en cuenta que resulta perfectamente aplicable al contencioso de nulidad de actos administrativos, pero que no aplica a los supuestos de revisión previa en las demandas patrimoniales contra la República.

3. La experiencia jurisprudencial

La primera decisión que se dictó en el país estableciendo la inconstitucionalidad de la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa como condición necesaria para el acceso a la jurisdicción, fue dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 24 de mayo de 2000, en el juicio de Raúl Rodríguez Ruiz vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, expediente 99-22392, sentencia n° 511, con ponencia de quien suscribe en los siguientes términos:

Magistrado Ponente: RAFAEL ORTIZ-ORTIZ

—I—

Narrativa

En fecha 02 de agosto de 1999 el abogado Mario Lares Díaz, actuando con el carácter de apoderado judicial del ciudadano Raúl Rodríguez Ruiz, apeló de la decisión dictada el 16 de septiembre de 1999 por el Tribunal de la Carrera Administrativa, mediante la cual confirmó el auto apelado de fecha 28 de junio de 1999 dictado por el Juzgado de Sustanciación del Tribunal de Carrera Administrativa, que a su vez declaró inadmisibles las solicitudes de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos del referido ciudadano. El 25 de octubre de 1999 se le dio entrada al expediente remitido con Oficio N° 4157-99 de fecha 08 de octubre de 1999, proveniente del Tribunal de la Carrera Administrativa. El 28 de octubre de 1999 esta Corte dejó constancia de que la parte interesada no consignó papel sellado para proveer. En fecha 24 de noviembre de 1999 se dio cuenta a la Corte.

Por auto de fecha 30 de noviembre de 1999 esta Corte al observar, que la causa estaba paralizada en estado de dar cuenta de la remisión del expediente por parte del Tribunal de la Carrera Administrativa, se designó ponente a la Magistrada Teresa García de Cornet. En fecha 02 de diciembre de 1999 esta Corte remitió Oficio N° 99-3649 al ciudadano Procurador General de la República, a los fines de practicar la notificación prevista en el primer aparte del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Constituida la Corte el 19 de enero de 2000 con los Magistrados Ana María Ruggeri Cova, Carlos Enrique Mouriño Vaquero, Rafael Ortiz-Ortiz, Pier Paolo Pasceri Scaramuzza, Evelyn Marrero Ortiz, se asignó la ponencia al Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz.

En fecha 23 de febrero de 2000 el abogado José Ramón Flores Domínguez, actuando como apoderado judicial del ciudadano RAÚL RODRÍGUEZ RUIZ, formalizó su apelación. Realizada la lectura individual y privada del expediente de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Corte pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

—II—

Antecedentes

En fecha 25 de julio de 1996 el ciudadano RAÚL RODRÍGUEZ RUIZ, asistido por el abogado Aristóbulo Ruiz, fundamentó su pretensión con base en los siguientes alegatos:

«Con fecha 15 de mayo de 1995, ingresé a prestar servicio al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, para cuyos efectos celebré un «contrato» de prestación de servicio como encargado de la Organización del Servicio de Seguridad del Hospital «Dr. José Gregorio Hernández» con sede en Los Magallanes de Catia, adscrito al Ministerio».

«Al vencimiento del mismo celebré una tercera contratación, bajo las mismas cláusulas a excepción de la primera donde me obligo a prestar

servicios como Jefe de la División de Seguridad del Mencionado «Hospital».»

«En virtud del último contrato, en fecha 30-05-95, fui designado Jefe de la División de Seguridad e Investigación del Ministerio de Sanidad, por disposición del Director General Sectorial de Administración y Finanzas (...) por delegación del Ciudadano Ministro de Sanidad y Asistencia Social...»

«Ahora bien, con fecha 02-07-96, y memorándum N° 498, emitido por el Director (encargado) de Bienes y Servicios, economista Domingo Hernández, se me participa que no se me puede renovar «el contrato» por restricción presupuestaria y en base a (sic) la cláusula sexta del contrato...».

«La participación antes mencionada viola el contenido de la Cláusula «Cuarta» del «Contrato», toda vez que no se manifiesta, ni verbal, ni expresamente, con (30) días de su vencimiento, la no renovación del contrato y por el contrario (2) días después del vencimiento es cuando se me notifica dicha negativa».

«A partir de esta comunicación me dirijo personalmente al Director (encargado) de Bienes y Servicios, por ser quien suscribe el memorándum». Luego lo hice ante el Director General Sectorial de Administración y Finanzas».

«Dicho esto, dejo demostrado expresamente mi prestación de servicio al Ministerio de Sanidad, (...) mi jornada de Trabajo comprendía las (24) horas del día, durante los (365) días del año, no reconociéndoseme ese tiempo extra, el cual por derecho me corresponde».

«De conformidad con la Cláusula Tercera del Contrato, la cual reza: «Que el horario se determinaría de común acuerdo a las necesidades del servicio», obligación ésta que siempre cumplí, por lo que alego el derecho que me asiste de acuerdo a la Ley del Trabajo, en lo que respecta a horas extraordinarias, bono nocturno, días feriados, vacaciones, bono por Decreto Presidencial N° 617 del 11-04-95, derecho que jamás se (me) reconoció».

—III—

Del Ámbito Objetivo de la Apelación

Mediante auto de fecha 16 de septiembre de 1999 el Tribunal de la Carrera Administrativa declaró inadmisibles las solicitudes de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos del solicitado por el recurrente, fundamentando su decisión en los siguientes términos:

«Vista la decisión de fecha 28 de junio de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999) emanada del Juzgado de Sustanciación, mediante la cual declara INADMISIBLE la solicitud de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos fundamentándose en lo siguiente: que si el demandante consideraba «... que el acto Administrativo dictado lesiona sus derechos subjetivos, debió interponer formal querrela de conformidad con lo previsto en los Artículos 121, 122 en concordancia

con el 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia», y vista igualmente la apelación interpuesta en fecha 02 de agosto de 1999, el Tribunal observa: Que efectivamente como lo señala el Juzgado de Sustanciación, en el supuesto que el solicitante consideraba lesionados sus derechos subjetivos ha debido interponer formalmente la querrela por ante este Tribunal, conforme al Principio de Singularidad de los recursos que consagra, a cada afectado en su derecho subjetivo le corresponde un recurso determinado, en base a esto se confirma el auto apelado».

—IV—

Consideraciones para Decidir

En primer lugar debe pronunciarse esta Corte en torno a la oportunidad de presentación del escrito contentivo de los alegatos y probanzas que tengan a bien exponer cada una de las partes con relación a esta causa y al respecto se observa:

Mediante auto de fecha 30 de noviembre de 1999, cursante a los folios 104 y 105 del expediente, se fijó el tercer día de despacho siguiente, contados a partir de la constancia de notificación del Procurador General de la República, para que las partes interesadas presentaran los alegatos y probanzas que estimaran pertinentes. Al folio 108 cursa constancia de notificación al Procurador General de la República del auto dictado en fecha 30 de noviembre de 1999. A los folios 111 al 122 cursa escrito consignado por el apoderado judicial del ciudadano Raúl Rodríguez Ruiz, el 23 de febrero de 2000, mediante el cual expone sus alegatos y probanzas de conformidad con lo indicado en el auto de fecha 30 de noviembre de 1999.

Al respecto cabe señalar, que si bien es cierto que el referido escrito de alegatos y probanzas no es de cumplimiento obligatorio por las partes, no menos cierto es que la parte que desee aportarlo para su beneficio en el juicio, deberá hacerlo dentro del tiempo señalado por el órgano jurisdiccional. En virtud de lo anteriormente expuesto, observa esta Corte que el apoderado judicial del querellante trae a los autos su escrito de alegatos y probanzas en fecha 23 de febrero de 2000, lo cual demuestra que el mismo fue consignado extemporáneamente ya que debió interponerlo al tercer día de despacho siguiente de la notificación del Procurador General de la República la cual se verificó el día 26 de enero de 2000, por lo que se declara la extemporaneidad del mismo. Pasa esta Corte a pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración y al respecto se tiene:

El Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dictó sentencia el 08 de junio de 1999, mediante la cual se declaró incompetente para conocer la presente causa ordenando la remisión del expediente al Tribunal de la Carrera Administrativa, fundamentando su declinatoria en los siguientes términos:

«(...)Por cuanto se observa de los documentos aportados por el accionante cursantes a los folios cinco (5) al siete (7), del ocho (8) al diez (10), once

(11) al doce (12), marcados A, B y C relativos a Contrato de Trabajo y marcado «D» cursante al folio trece (13) relativo a comunicación enviada al reclamante por el Director de Bienes y Servicios del Organismo (sic) accionado, así como documentos marcados E, F, G, que evidentemente el trabajador desempeñaba para la accionada un cargo de empleado, por lo que en tal virtud no está amparado por las previsiones contenidas en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo el cual establece: «Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa nacionales, estatales o municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ascenso, traslados, suspensión, retiros, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos...» Por lo que en tal sentido y atendiendo al contenido de dicha norma este Juzgado se declara INCOMPETENTE para conocer del presente procedimiento y ordena su remisión al Juzgado (sic) de Carrera Administrativa(...)

Es de destacar que la decisión de declaratoria de incompetencia por parte del Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se produce el día 08 de junio de 1999, mientras que la demanda se había interpuesto el día 25 de julio de 1996, esto es, asombrosamente tres (3) años después. En decisión de fecha 28 de junio de 1999, el Tribunal de la Carrera Administrativa señaló:

«(...) Se observa: Que el solicitante prestó servicios en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, ente de la Administración Pública Centralizada, desempeñando el cargo de Jefe de la Dirección de Seguridad en virtud de lo expuesto, este Sustanciador considera COMPETENTE al Tribunal de la Carrera Administrativa para conocer de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 73 de la Ley de Carrera Administrativa.

Decidido lo anterior, se pasan a analizar los requisitos de admisibilidad de la acción propuesta y se observa: Que el accionante interpuso una solicitud de calificación de despido, procedimiento que no es aplicable a los Funcionarios Públicos, por tratarse de una materia vinculada al retiro normada por la Ley de Carrera Administrativa y que no puede regular para los Funcionarios Públicos la Ley Orgánica del Trabajo. De manera que el solicitante, de considerar que el Acto Administrativo dictado lesiona sus derechos subjetivos, debió interponer formal querrela de conformidad con lo previsto en los artículos 121, 122 en concordancia con el 113 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En virtud de los argumentos presedentes (sic), se declara INADMISIBLE la presente solicitud.»

En este orden de ideas es pertinente hacer referencia a la sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz de fecha 09 de Febrero de 2000, la cual expresa:

«(...)Determinando lo anterior, pasa la Sala a resolver el conflicto planteado y, al efecto, observa:

El artículo 73 de la Ley de Carrera Administrativa, establece:

«Artículo 73: son atribuciones y deberes del Tribunal (de la Carrera Administrativa): 1. Conocer y decidir las reclamaciones que formulen los funcionarios o aspirantes a ingresar en la carrera administrativa, cuando consideren lesionados sus derechos por disposiciones o resoluciones de los organismos a cuyos funcionarios se aplique la presente Ley...omisiss...» (entre paréntesis de la Sala).

De la norma transcrita se desprende, que todo aquel funcionario público que no esté excluido de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, deberá formular cualquier reclamación contra el órgano administrativo al cual se encuentre adscrito, por ante el Tribunal de la Carrera Administrativa. En el presente caso, la ciudadana Yolani Riera Lira dice ser funcionaria al servicio del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, donde desempeña el cargo de Asistente de Oficina y haber sido «despedida» según Resolución N° 1415, de fecha 24 de febrero de 1999, por liquidación del referido ente administrativo. De tal dicho se evidencia que la solicitante es una empleada adscrita a un Instituto Autónomo Nacional, que pretende impugnar el acto administrativo por el cual fue retirada del cargo que venía desempeñando, por lo que no estando excluida de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, le corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa el conocimiento de la presente causa y, así se decide.

A pesar de la anterior declaratoria, estima esta Sala que, en ejecución del mandato constitucional contenido en el artículo 257 del nuevo texto Constitucional, en el cual señala expresamente que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y ésta no puede sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales, se hace necesario pronunciarse con relación a la indebida tramitación que ha tenido el presente recurso y, al efecto, observa:

La Resolución mediante la cual la accionante fue retirada del cargo que venía desempeñando al servicio de la administración pública central, es un acto administrativo de efectos particulares el cual sólo puede ser atacado mediante los correspondientes recursos administrativos y posteriormente, en sede judicial, a través de los recursos contencioso-administrativos, de manera que, la recurrente equivocó el medio de impugnación del acto al interponer la presente solicitud de calificación de despido, error que no fue corregido por el Tribunal de Primera Instancia del Trabajo ante el cual se interpuso, pues el mismo debió haber declarado *in limine litis* la improcedencia de dicha solicitud, al verificar la utilización de una vía no idónea para cuestionar el acto, y no declarar su incompetencia remitiendo el expediente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte, el cual a su vez, lejos de solucionar la situación planteada, alegó igualmente su incompetencia ordenando remitir la causa al Tribunal de la Carrera Administrativa, órgano éste que solicitó la regulación de competencia. De haberse declarado al inicio de este procedimiento, la evidente improcedencia de la solicitud formulada le hubiese permitido a la agraviada ejercer los recursos que verdaderamente posee un funcionario como medios de im-

pugnación de un acto administrativo de esa naturaleza, lo que en este momento no podría hacer en virtud de la preclusión de los lapsos para su ejercicio, dado el tiempo transcurrido desde el momento en que se dictó el acto hasta la presente fecha.

Permitir que como consecuencia del proceso antes descrito, la ciudadana Yolani Riera Lira no pueda ejercer su legítimo derecho a cuestionar el acto administrativo que afectó su esfera jurídica subjetiva, sería contrario a la citada norma constitucional contenida en el artículo 257 de la carta magna e incluso podría afirmarse que contravendría el espíritu y propósito del texto Constitucional en lo atinente a la consagración de la justicia como el fin último del Poder Público. De forma que, esta Sala de Casación Social debe ordenar al Tribunal de la Carrera Administrativa, órgano competente para conocer del presente asunto, notificar a la actora de la improcedencia de su solicitud, señalándose los recursos que tiene para impugnar el acto administrativo, tomando como fecha de inicio de los lapsos para su interposición el día en que se verifique dicha notificación. Y así se decide».

Esta Corte acoge parcialmente el criterio sostenido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, y pasa a aplicarlo, con las variaciones que más adelante se especifican, al caso en comento y al respecto se aprecia que al igual que en el caso precedentemente reseñado y en ejecución del mandato constitucional contenido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se consagra expresamente que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, siendo que ésta no puede sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales, se tiene que:

El Oficio N°. 498 de fecha 02 de julio de 1996, suscrito por el Director (e) de Bienes y Servicios de la Dirección General Sectorial de Administración del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social) y dirigido al hoy recurrente ciudadano Raúl Rodríguez Ruiz, mediante el cual le informan que no le pueden renovar el contrato en virtud de las restricciones presupuestarias, es un acto administrativo de efectos particulares el cual sólo puede ser atacado mediante los correspondientes recursos administrativos y posteriormente, en sede judicial, a través de los recursos contencioso-administrativos. De manera que, el abogado del recurrente equivocó el medio de impugnación del acto al interponer la presente solicitud de calificación de despido, error que no fue corregido por el Juzgado Décimo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas ante el cual se interpuso, pues el mismo debió haber declarado *in limine litis* no la improcedencia de dicha solicitud pues carecía de competencia para ello sino declarar, también *in limine litis*, su incompetencia y remitirlo inmediatamente al Tribunal de la Carrera Administrativa.

Ahora bien, de haber sucedido las cosas en un estado de celeridad adecuada y de oportuna respuesta, al demandante le hubiese dado tiempo al conocer lo equivocado de la vía procesal para dilucidar su controversia, intentar, aún en tiempo, formal querrela destinada a enervar la vali-

dez del acto o de las actuaciones lesivas a los intereses subjetivos del administrado. En el presente caso, nos encontramos un típico caso en que las formalidades del proceso se constituyen en un verdadero aniquilamiento de la justicia, pues el Tribunal del Trabajo se tardó tres (3) años en dictar su decisión de incompetencia, y el Tribunal de la Carrera descargó con su decisión la más cruel e ignominiosa situación de injusticia, esto es, de no entrar a conocer la verdadera situación que se le plantea, y lo peor del caso que todo es producto de que el profesional del Derecho encargado de tramitar el conflicto ante los órganos jurisdiccionales se equivocó al someter el presente asunto a través de un procedimiento que, sin duda alguna, no es el adecuado. En casos como éste se impone analizar lo que esta Corte en otras oportunidades ha denominado «valores normativos» y «valores de aplicación», para denotar la idea de la existencia de criterios axiológicos de carácter constitucional que deben estar más allá y aún con preeminencia de cualquier situación formal que las leyes exigen.

Los valores normativos se refieren al conjunto de consideraciones *axiológicamente apreciables* que el legislador o constituyente toma en cuenta en el momento normativo (esto es, en la fase de elaboración de la norma) con base en las creencias y necesidades del pueblo, abstractamente consideradas y abstractamente establecidas en los instrumentos normativos.

Los valores de aplicación en cambio se refieren al conjunto de consideraciones axiológicamente apreciables que el *aplicador* en su tarea de interpretación y concreción de la norma debe tomar en cuenta a la hora de individualizar la norma (abstractamente elaborada) y aplicarla a cada caso concreto.

Cuando los valores normativos (abstractamente considerados por el legislador en un momento determinado) coliden o quebrantan el orden axiológico aplicable en cada caso concreto, entonces una «actitud ética» implica darle preeminencia a tales valores de aplicación; si en cambio los valores normativos establecidos en una ley se oponen a los valores normativos de rango constitucional entonces debe dársele preeminencia a los valores que la propia Constitución establece. Con base en estas premisas fundamentales, esta Corte pasa a establecer las siguientes consideraciones:

4.1. La acción, la pretensión y el proceso

Tanto en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 como en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, se ha establecido que el «trabajo», en cualquiera de sus formas, es un valor fundamental de todo el articulado de la Carta Magna y de todo el ordenamiento jurídico. Por lo que no puede otorgársele otro sentido distinto al paradigma anterior, que lo establecido en el artículo 3° según el cual «La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines», estableciendo antes de esto que el «Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad». Evitar que declaraciones como éstas sean letra muerta es tarea insoslayable de los órganos de administración de justicia, y sobre esta

segunda premisa pasa esta Corte a hacer las siguientes consideraciones. Nuestro excesivo formalismo no esencial además a la existencia de los procesos, ha hecho que se afirme que para tramitar la demanda de nulidad es necesario que el demandante lo exprese «con las palabras necesarias y adecuadas» en su libelo de demanda, pareciera ser pues que volvemos a las abandonadas prácticas del procedimiento formulario romano donde las «formalidades» eran esenciales para tramitar la «Actio» y que de no pronunciarse expresamente las palabras, acompañadas con la gesticulación correspondiente, por ese sólo hecho la «Actio» no era concedida. Pareciera entonces que no es suficiente con determinar que efectivamente el justificable está impugnando materialmente la actividad de la Administración que lo dejó sin empleo, sino que absurdamente se requiere que pronuncie con exactitud las palabras «demando la nulidad del acto».

Por actitudes como ésta nuestro sistema de administración de justicia entró en crisis, no sólo por el elemento de corrupción administrativa que no puede ser achacado a todos los tribunales del país, sino por esa manera eufemísticamente defendida por y para las formas que dejan sin respuesta a las necesidades cotidianas de los ciudadanos deviniendo en una frustración acumulada por años, de poca fe y de inexistente esperanza en los órganos que se encargan de «administrar la justicia» en nombre de la República. Nuestra actual Constitución, en clara advertencia de esta situación, ha establecido entonces que «El proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia», y que este valor nunca podrá sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales; este mandato siempre ha sido así, sólo la miopía intelectual de algunos operadores de justicia permitía que se cometieran los más claros abusos forjadores de una real insatisfacción jurídica que conllevó a la crisis de nuestro sistema.

Existe una nueva manera de «leer y desleer el Derecho» y tener la inteligencia suficiente para distinguir cuándo una formalidad es o no esencial, para lo cual la jurisprudencia tiene una urgente y necesaria misión. En el caso sub examine, el Tribunal de la Carrera Administrativa debió entender que el ritualismo exigido iba en franca y perversa interpretación en contra de la justicia, pues no era necesario que el actor «pronunciara» las sagradas palabras de que demandaba la nulidad del acto; es cierto que el abogado equivocó la vía procesal, pero esta ignorancia de quien estaba llamado a patrocinar al administrado en la mejor defensa de su defendido, bien pudo subsanarse entendiendo que existía una verdadera querrela funcional contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social —hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Esto es, si de la pretensión deducida se desprende claramente lo perseguido por el administrado, si se observan —como efectivamente ocurre en el presente caso— suficientes elementos de juicio para saber que lo realmente querido por el administrado es la revisión de la ilegalidad de las actuaciones de la Administración, entonces no debió declararlo inadmisibles, antes bien la calificación jurídica que el abogado dé a su recurso no es necesariamente vinculante al ente administrador de justicia pues de conformidad con el artículo 14 del Código de Procedimiento

Civil, el juez es verdadero «director del proceso» para conducirlo por los canales regulares que mejor convenga al caso concreto cuando la situación es de ostensible ignorancia de parte del recurrente, además de las potestades inquisitivas del Juez con competencia en lo contencioso administrativo, tal como ha sido señalado en jurisprudencia reiterada de esta Corte. En virtud de lo anterior y siguiendo los principios expuestos en la sentencia transcrita supra de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo considera necesario advertir que lo verdaderamente solicitado por el justiciable es la nulidad de las actuaciones realizadas por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social), y como quiera que existen suficientes elementos de autos para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso se procederá en consecuencia.

Este erróneo proceder se dilucidaría si nuestros operadores de justicia tuvieran clara las diferencias (previa labor de «distinción» tal como lo enseñaba el filósofo francés RENATO DE DESCARTES) entre «acción», «jurisdicción», «proceso» y «pretensión». Lo que vincula al órgano jurisdiccional no es la «acción» deducida ante los órganos jurisdiccionales (pues por tal se entiende como la posibilidad jurídico constitucional de acudir ante los órganos jurisdiccionales y realizar sus peticiones (pretensión procesal); en realidad lo que determina y delimita la actuación jurisdiccional es el contenido material de la acción, esto es, la pretensión. Luego si el actor califica erróneamente su «acción» pero se puede determinar claramente la «pretensión» entonces en el caso sub examine donde puede precisarse la pretensión del actor es absolutamente absurdo que se le señale que no «demandó» la nulidad del acto cuando de todas formas se observa una querrela contra el Estado que el Tribunal de la Carrera debía entrar a conocer sin mayores formalismos.

4.2. Del carácter optativo del agotamiento previo de la gestión conciliatoria o reclamación administrativa previa:

Observa esta Corte que, no cursa en el expediente documento alguno que permita corroborar que el recurrente haya agotado la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento o, por lo especial del caso, siquiera haya dirigido comunicación al Jefe de Personal que por ley viene a ser el Coordinador de la mencionada Junta, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa. En otros casos esta misma Corte y nuestros Tribunales con competencia en lo contencioso administrativo habían concluido en la inadmisibilidad de la «acción» por no haber agotado la gestión conciliatoria correspondiente ante el organismo querrellado. La situación planteada en este proceso impone a esta Corte revisar las disposiciones que consagran el agotamiento de la vía administrativa, y la reclamación administrativa previa como un «requisito» de la acción, o como «requisito de la demanda», cuando en ninguno de los dos casos es requisito de nada.

Entra aquí a regir lo señalado como «valores normativos» y «valores de aplicación» del Derecho; en efecto, el establecimiento de tales instituciones en el campo de lo contencioso administrativo tendía a proteger

una institución de vital importancia como lo es la «autotutela administrativa», y éste es el valor normativo de todas las normas que consagran el agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para interponer la acción.

Nuevamente se impone hacer un análisis entre la «acción» y la «pretensión» conforme a la más aventajada doctrina de Derecho procesal contemporáneo, y las nuevas disposiciones constitucionales. En efecto, las nuevas disposiciones constitucionales moldea la existencia de un Estado justicialista por encima de las formalidades, y al declararse la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Democrático y de justicia en la cual se propugnan los valores como la «ética» como plataforma axiológica fundamental, los criterios sostenidos por nuestro tradicional sistema de administración de justicia puede y debe ser objeto de una revisión.

La evolución doctrinal de los conceptos de «acción» y «pretensión» a lo largo de la doctrina procesal ha sido desigual y accidentada; en una primera época el concepto de acción se identificó con el «derecho material debatido en juicio», tal era el criterio de los romanos que pasó así a la Escuela francesa de Derecho procesal y hasta finales del siglo XIX estaba vigente en Alemania (Véase *v. gr.* la tesis de Federico Carlos Von Savigny); pero a partir de la discusión entre T. MUTHER Y WINDSCHEID la «acción» adquiere independencia del derecho material para dar nacimiento a la «ciencia del proceso» y como categoría procesal pura. La discusión, sin embargo continuó bajo la óptica del derecho material en la corriente de GIUSEPPE CHIOVENDA, y del Derecho abstracto de los españoles (VÍCTOR FAIRÉN, LEONARDO PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, entre otros).

La tesis vigente en nuestro procesalismo contemporáneo está en que la acción se entiende como categoría abstracta y universal (subjektivamente hablando) de acudir ante los órganos jurisdiccionales y realizar sus peticiones; esto es, la acción no es más que el derecho de petición mismo formulado ante las autoridades jurisdiccionales y ello se observa claramente en una interpretación concatenada de los artículos 51 y 26 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La evolución legislativa venezolana pasó por esos estadios y así el Código de Procedimiento Civil identificaba la «acción» con el derecho material, y muy recientemente en el Código de Procedimiento Civil de 1987 comenzó a utilizarse correctamente el término «pretensión» donde, antes se usaba el término «acción», y ello con base a las modernas enseñanzas de nuestra propia Ciencia procesal y el Derecho Comparado donde la «pretensión» es el contenido de la «acción» que se deduce ante la «jurisdicción» a través de un «proceso», está aquí la llamada «trilogía estructural de la ciencia procesal» (acción, jurisdicción y proceso) que enseñaba el profesor RAMIRO PODETTI. Esta evolución explica que otras leyes que aún no han sido reformadas y adecuadas a las nuevas y modernas corrientes de Derecho procesal continúen planteando «acción» cuando en realidad se refieren a «pretensiones», y tal es el caso del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al plantear la idea de

«requisitos de la acción» o «requisitos de la demanda», por cuanto, se repite, la acción es la posibilidad jurídico constitucional de plantear pretensiones ante los órganos de administración de justicia y, en consecuencia, no hay técnicamente «requisitos de la acción», salvo la de ser persona humana.

El mencionado artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte dispone: «No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: ord. 5: «Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República». Por otra parte, el artículo 124 de la misma Ley establece: «El Juzgado de Sustanciación no admitirá recurso de nulidad: 2. «Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa». En el mismo sentido, el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa: «Las Juntas de Avenimiento serán instancias de conciliación ante las cuales podrá dirigirse, mediante escrito, cualquier funcionario cuando crea lesionados los derechos que le otorga esta Ley. Parágrafo Unico: «Los funcionarios públicos no podrán intentar válidamente ninguna acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa sin haber efectuado previamente la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento». De otro lado, el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece: «La vía contenciosa administrativa quedará abierta cuando interpuesto los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes».

Así pues, tradicionalmente en Venezuela se había exigido como «fase previa» a la actuación de la jurisdicción que el justiciable o administrado acudiera previamente a las instancias administrativas para «agotar» la vía administrativa o la reclamación administrativa previa. Sin embargo, el artículo 19 de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

Artículo 19: «El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que lo desarrollen».

Artículo 26: «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; y la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles».

Esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse anteriormente sobre las profundas implicaciones que estas normas comportan; así en sentencia de fecha 11 de mayo de 2000, en el juicio seguido por Línea Naviera de Cabotaje, C.A. (LINACA) vs. Intendencia Nacional de Aduanas, Expe-

diente 00-22916, con ponencia del Magistrado que suscribe la presente decisión se expuso:

«El Título III de la nueva Constitución desarrolla en diez (10) Capítulos, los «Deberes, derechos humanos y garantías», y la norma marco o la primera «Disposición general» se encuentra en el artículo 19 en el cual se establece: «El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen».

Debe repararse en lo establecido en la norma transcrita, según lo cual el goce y ejercicio de los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por los órganos del Poder Público, constituyendo, además, una verdadera obligación. De tal manera que siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado democrático y de justicia, sabiendo que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y que la justicia se administra por una potestad conferida por los ciudadanos, es perfectamente entendible que la protección y garantía de los derechos humanos es un «deber» o un «mandato» incondicional de los órganos del Poder Público, y dentro de cuya noción se encuentran los órganos del Poder Judicial.

El derecho de accionar y la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 *eiusdem*. La nueva Constitución también consagra de manera clara y precisa una noción que se había manejado en doctrina y elevada a tal rango, se trata del derecho de accionar como parte integrante del derecho a la jurisdicción. Este concepto se distingue del «derecho de jurisdicción» que corresponde al Estado (entendiendo por jurisdicción el servicio público dispuesto por el Estado para responder las peticiones de los particulares).

El «derecho a la jurisdicción», en cambio no se refiere al servicio público de la jurisdicción y a los órganos dispuestos para prestarlo sino que se consagra como un derecho independiente llamado a plenar el derecho de petición en sede jurisdiccional. En efecto, el artículo 51 constitucional establece que «Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad...», y cuando esas peticiones están dirigidas ante los órganos jurisdiccionales (encuadrados dentro del concepto de autoridad) se denomina «acción». La acción entonces se define como la «posibilidad jurídico-constitucional por la cual se dirigen peticiones ante el servicio de la jurisdicción», es por ello entonces que el llamado derecho de accionar se confunde con el derecho a la jurisdicción como unidad indisoluble y continuada.

El Texto Constitucional se encarga de establecer esta noción en el artículo 26, según el cual: «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos...», de modo que la petición cuando com-

porta «derechos o intereses» debe tener una «decisión con prontitud» y, además, una «tutela efectiva» de los mismos. La prontitud es uno de los valores que la Constitución maneja con mayor preocupación, así el propio artículo 26 dispone que el Estado garantiza una justicia expedita; el artículo 257 dispone la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites procesales y un procedimiento breve; y el propio artículo 51 califica que la respuesta a las peticiones de los ciudadanos tiene que ser «oportuna» y «adecuada».

Aunado a este criterio se precisa en esta oportunidad que la propia Exposición de Motivos de la Carta Magna señala:

«De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la Ley Orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recuso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio».

Las normas constitucionales transcritas *ut supra* consagran, como se expresó, el «derecho de accionar» entendido éste como el derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales para efectuar una petición (pretensión procesal) en aras de tutelar derechos e intereses. También nuestra más calificada doctrina ha realizado estos análisis, concretamente el maestro ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR en su Conferencia titulada «La admisión de las demandas en el Contencioso Administrativo y el Derecho Constitucional a la Justicia» ha indicado que la clave del éxito del sistema judicial depende de que «todo el que crea tener derecho pueda acudir al órgano estatal, imparcial, que le atienda su pretensión, para que la revise y dicte decisión conforme a Derecho. Ello es consustancial a todo Estado, pero, por supuesto, que si se trata de un Estado democrático y social de Derecho, habrá garantías que ese órgano estatal será más imparcial y que actúe con verdadera independencia de criterio al aplicar el Derecho».

De modo que, en el momento en que la propia Constitución establece el derecho de accionar (derecho de acceso a los órganos de administración de justicia), entendido como una garantía «universal» e «incondicional» y como tal es un «valor de aplicación» inmediata en los casos particulares. Toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este Derecho entonces debe reputarse que existe una interpretación antinómica en virtud de la cual debe prevalecer el mandato constitucional y en razón del principio de supremacía constitucional y así debe ser entendido. Como se observa, las normas transcritas en el epígrafe anterior establecen el agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa al Estado como un «requisito de la demanda» o «requisito de la acción» parten de la errónea premisa de considerar como sinónimos términos (acción y pretensión que no lo son), estamos en presencia de lo que el filósofo del Derecho ADOLF REINACH llamaba «proposiciones apriorísticas del Derecho» que, independientemente de su consagración en el Derecho Positivo debe, por necesidad, respetarse en la tarea de interpre-

tación (REINACH, ADOLF: «Fundamentos apriorísticos del Derecho Civil», 1913)

De modo que no se trata, el agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa, de un requisito de la «acción» y mucho menos de la demanda (pues la demanda técnicamente se trata de un documento que contiene o recoge la pretensión, o en otro sentido, como un acto de dar inicio al proceso). La acción no encuentra más requisito que ser persona humana y por ello mismo se trata de un «derecho fundamental» que debe ser respetado y garantizado como verdadera obligación de los órganos del Poder Público (artículo 19 constitucional), y al cual debe dársele una tutela judicial «efectiva» sin formalismos no esenciales (artículo 26 y 257 constitucional). El propio ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR en el trabajo que se citó anteriormente proponía el siguiente criterio:

«La exigibilidad del acto previo y del agotamiento de la vía administrativa, según la interpretación que prive constituirá un obstáculo para el Derecho a la justicia. En efecto, podría sostenerse que por la consagración de la figura del silencio administrativo en nuestra legislación se arbitró una medida frente a la inactividad de la Administración que permite la vía jurisdiccional ante tal denegación tácita. Ahora bien, en primer término, la interpretación, de no considerar la figura del silencio administrativo como una opción del administrado, sino una ventaja para la Administración en el sentido de que si aquél no se acoge a la figura del silencio administrativo está condenando sempiternamente a tener que esperar una decisión administrativa, evidentemente que constituye una severa limitación al Derecho de acceso a la justicia (...). En el mismo orden de ideas y consecuencia con una interpretación progresiva del derecho del acceso a la justicia, de acuerdo con el principio de la progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos previsto en el artículo 19 de la Constitución vigente, pienso que, para garantizar plenamente el derecho a la justicia, el agotamiento de la vía administrativa no puede ser una obligación sino una opción para el administrado como ya ocurre en el orden jurisdiccional contencioso tributario».

Efectivamente, el abandono de la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para el acceso a la jurisdicción no sólo ha sido abandonado por el Derecho Comparado sino en nuestro propio país encuentra antecedente en el artículo 185, ordinal 1° del Código Orgánico Tributario; y aun antes de ello, el artículo 5° en su Parágrafo Único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales donde no se requiere el agotamiento de la vía administrativa y sin reparar en la caducidad.

La consecuencia inmediata de las anteriores consideraciones está en la aplicación inmediata y no programática de las disposiciones constitucionales que permiten el libre y universal derecho de accionar como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, sin más limitaciones que las que establezca la propia Constitución, con lo cual esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en inmediata aplicación de este principio, aun para los casos que se encuentren en curso, establece que

no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, o la reclamación administrativa previa previstas en los artículos 84, ordinal 5° y 124, ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 15 de la Ley de Carrera Administrativa, y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y 36 de la Ley de la Procuraduría General de la República, dejando a salvo las potestades de autotutela administrativa que corresponde a los órganos de la Administración Pública en todos sus niveles, y como una opción por parte de los justiciables y administrados de agotar o no esa fase, sin que en ningún momento pueda ser causal de inadmisibilidad de la acción, demanda o pretensión. Todo esto en preferente aplicación inmediata de los artículos 2 (Preeminencia de derechos fundamentales), 7 (primacía de la Constitución), 19 (obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos), 26 (derecho de accionar y tutela judicial efectiva), 257 (prevalencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales del proceso).

Todo esto responde como se ha señalado anteriormente en un cabal entendimiento de la «tutela judicial efectiva» que no es otra cosa que acercar la justicia a las necesidades cotidianas de las personas que acuden, ante los órganos de administración de justicia, como última esperanza de solventar sus diferencias y conflictos que se dan en nuestra realidad histórica. Seguir manteniendo criterios que no hagan realidad esa aspiración y ese deseo debe desecharse, así nuestro más Alto Tribunal de Justicia ha señalado en otro contexto:

«El peligro de daño se evidenció en un Poder Judicial corrupto, tribal, que originaba desconfianza al justiciable y que, en definitiva, abrió un surco profundo en la sociedad a quien se le limitó su acceso a la justicia, que cuando pudo acceder a ella se le negó, y que en definitiva fue el gran causante de la ruptura entre el Estado y la Sociedad. Huelgan los informes nacionales e internacionales en relación al desmoronamiento del Poder Judicial venezolano». (Sentencia de 24 de marzo de 2000, en el juicio de Rosario Nouel de Monsalve vs. Consejo de la Judicatura y Comisión de Emergencia Judicial, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé).

Esta necesidad de garantizar una «efectiva» y «expedita» justicia es lo que, en definitiva, mueve a esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a eliminar el carácter obligacional del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado a que aluden las disposiciones legales señaladas *ut supra* y en su lugar aplicar de manera preferente las normas constitucionales también invocadas, y así se declara.

Aplicando el extenso pero necesario razonamiento anterior, al caso de autos, puede observarse lo siguiente: El Tribunal de la Carrera Administrativa debe pues realizar una doble actividad en virtud de esta decisión: admitir la «pretensión» del actor en su verdadero sentido, esto es, como una querrela contra el Estado, y no reparar en el agotamiento previo de la vía administrativa pues no es una obligación (y nunca lo ha sido con respecto del ejercicio de la acción) para conocer el fondo del asunto plan-

teado y resolver el mérito de la pretensión deducida en el proceso, y así se declara.

—V—
Decisión

Por las razones antes expuestas, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1. CON LUGAR la apelación interpuesta por el abogado Mario Lares Díaz, actuando con el carácter de apoderado judicial del ciudadano Raúl Rodríguez Ruiz, contra la decisión dictada en fecha 16 de septiembre de 1999 por el Tribunal de la Carrera Administrativa, en la que se confirma el auto apelado de fecha 28 de junio de 1999 dictado por el Juzgado de Sustanciación de ese Tribunal, que a su vez declaró inadmisibles las solicitudes de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos del referido ciudadano, contra el MINISTERIO DE SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL —hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social, decisión que se revoca.

2. Se ordena al Tribunal de la Carrera Administrativa admitir la pretensión del actor sin reparar en la falta de agotamiento de la instancia conciliatoria ante la Junta de Avenimiento, o la vía recursiva; y entendiendo que la caducidad no es aplicable al caso de autos puesto que acudió ante el órgano jurisdiccional en tiempo oportuno, en consecuencia debe tramitar el juicio.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Bájese el expediente al Tribunal de origen. Envíese copia del presente fallo al Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Distrito Federal y a la Fiscalía General de la República. Dada, firmada y sellada en la Sala de Sesiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en Caracas, a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de dos mil (2000). Años: 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

La Presidenta, Ana María Ruggeri Cova; Vice-presidente Carlos Enrique Mouriño Vaquero; Magistrados: Rafael Ortiz-Ortiz (Magistrado Ponente); Pier Paolo Pasceri Scaramuzza; Evelyn Marraro Ortiz; La secretaria, Ana Magaly Merchán Franco. Exp. N° 99-22392

Como se observa la vía escogida para la solución del caso concreto fue la de la «aplicación» inmediata y directa de la Constitución en vez del control difuso, pues a modo de ver de quien suscribe, el carácter normativo y, en modo alguno programático de la Constitución, implica su plena vigencia, máxime cuando el artículo 334 de la CRBV establece que todos los jueces y juezas de la República están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución, y «en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente», *in clara fit legis...*

Alguien se preguntará ¿Cómo puede aplicarse la Constitución a un supuesto de hecho acaecido en el pasado?, a nuestro ver, el razonamiento es contrario: ¿Cómo es posible que no nos hubiéramos percatado que esto siempre fue así? El derecho de accionar siempre ha constituido un derecho fundamental quizás la base de todos los demás porque no puede plantearse tutela judicial efectiva, no puede hablarse de derecho a un debido proceso, derecho a la defensa, derecho de petición y cualquier derecho constitucional si no existe un claro respeto a la garantía universal, intemporal y humana de acceder a los órganos de administración de justicia.

De todos modos no podemos estar convencidos de la congruencia de nuestros propios planteamientos si no se confrontan con otras maneras de pensar, y ésta es sólo una propuesta a discutir, es la brecha y la trocha para romper con la monotonía intelectual, y si surge una posición más congruente o más justa con gusto le damos la bienvenida, mientras tanto podemos sentir temor de no haber acertado con el razonamiento jurídico pero nunca sentiremos temor de pensar con justicia... esa idea que guía, que protege y que identifica el norte para hacer el bien.

Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional

LUCIANO PAREJO ALFONSO*

I. INTRODUCCIÓN**

LA PROPIEDAD es una Institución jurídica que resuelve una necesidad social básica de contenido económico; la organización de la asignación, distribución, uso y disposición de las cosas, los bienes. Se comprende fácilmente, pues, su capital importancia en la economía de todo orden constitucional, en tanto que contribuye decisivamente a la definición del modelo económico y social de éste y, por tanto, en el desarrollo del mismo.

En todos los países de tradición latina la evolución contemporánea de sus ordenamientos está profundamente marcada y condicionada por el edificio jurídico alzado sobre la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y la codificación napoleónica de 1804, de suerte que, para el período cuyo comienzo puede situarse en estos hitos históricos, cabe afirmar un desarrollo caracterizado por la convivencia, en diferente forma y con diverso alcance y fuerza, de dos perspectivas del mismo problema. La primera se sitúa en la esfera del titular del derecho de goce y disposición para, desde la misma, afirmar el principio de libertad dominical de uso y provecho con las solas limitaciones (externas) que el interés general le imponga. La segunda se coloca, por contra, justamente en el lugar

* Universidad Carlos III, Madrid, Catedrático de Derecho Administrativo.

** Para la elaboración de este estudio se han consultado las fuentes doctrinales alemanas que sentaron las bases de la interpretación del derecho de propiedad en la Ley Fundamental de Bonn. Una exposición sistemática de la doctrina comparada y española en *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia* (coord. J. Barnés), Madrid. Editorial Tecnos, 1996.

de los intereses colectivos o comunitarios para, sin desconocer los del titular del derecho, sostener la primacía de los mismos y reducir la libertad del propietario al espacio residual resultante (conforme, en todo caso, al interés general). Obvio resulta decir que esta última perspectiva es una consecuencia de las profundas transformaciones jurídicas provocadas por la evolución del orden social y económico, que se han dado fundamentalmente en este siglo y, más aceleradamente, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

El Estado liberal burgués, que determinó en gran medida los esquemas y conceptos jurídicos propios del Estado de Derecho, aún sigue operando, se construyó básicamente sobre el postulado fundamental de «libertad y propiedad». El sistema emergido de la Revolución Francesa descansa en una concepción radicalmente individualista del Derecho, que trae causa del pensamiento iluminista que sirve de soporte a aquélla; los ciudadanos, libres por naturaleza y portadores de una serie de derechos inherentes a su propia condición (naturales), sólo renuncian en favor de la sociedad en lo estrictamente indispensable, por lo que la restricción de los derechos individuales constituye, así, un fenómeno, además de externo a tales derechos, rigurosamente excepcional (de ahí la definición de la libertad por la Declaración de 1789 como el poder de hacer todo lo que no dañe a otro). Sobre esta base, las piezas del edificio jurídico habían de ser forzosamente el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad; piezas complementadas, desde el punto de vista jurídico-público, por la separación del Estado y sociedad y la preservación de la autonomía social (y, a través de ésta, de los derechos subjetivos de sus componentes individuales, englobados en la ya aludida fórmula de «libertad y propiedad») mediante la reserva al Parlamento, es decir, a la Ley, de toda incidencia (externa) en dicha autonomía. De esta suerte, los fines legitimantes de la posesión, uso y disposición de los bienes no pueden ser y no son otros que los individuales o pertenecientes a la esfera de la vida social autónoma. Corre paralelo semejante el sistema jurídico a la teoría económica del mercado acuñada por A. SMITH. La codificación acaba consagrando efectivamente el derecho de propiedad como un derecho subjetivo en el sentido de que la situación jurídica a que se refiere sólo es plausible en la medida en que aparezca construida desde una persona titular y absoluto en su contenido, tanto por la plenitud del señorío que concede sobre la cosa o el bien (libre disposición a conveniencia del titular sin más límites que los impuestos externamente por la Ley), como por sus efectos sobre terceros (a los que alcanza un deber de respeto y no perturbación de aquel señorío) y su duración (que es indefinida y no se extingue con la muerte del titular; de ahí la transmisibilidad por herencia o legado).

El Estado social representa la consagración de la segunda de las concepciones expuestas al principio, que expresa una profunda transformación en la concepción del derecho de propiedad. Tempranamente, a principios de este siglo, L. Duguit llamó la atención sobre la evolución que estaban experimentando todos los ordenamientos que habían partido de la concepción individualista y liberal. Tras aludir a la crisis de los conceptos de derecho subjetivo y de autonomía de la voluntad (en tanto que categorías de orden más metafísico que jurídico, vueltas inservibles en una época positivista o, mejor aún, realista), comprueba la descomposición progresiva de la propiedad-derecho justamente por la insuficiencia de su construcción como derecho subjetivo y, por tanto, la institución se agota en la pura utilidad individual o egoísta del titular cuando va adquiriendo consistencia la conciencia de interdependencia social y, por tanto, la posición del individuo que es básicamente de deber de ejercicio y desarrollo de sus potencialidades en beneficio de la sociedad. Se abre paso, así, el convencimiento de que la situación de posesión y disposición sobre cosas y bienes de valor patrimonial se legitima fundamentalmente por su utilidad social y, consecuentemente, se va instalando la concepción de la propiedad-función. Como es obvio, este cambio responde igualmente al paralelo de las condiciones de desarrollo de la economía y de la teorización de las mismas. En cualquier caso, no pone en cuestión en modo alguno la propiedad privada como institución clave para el sistema económico, sino que se limita a destacar la modificación de la noción jurídica sobre la que se articulan su reconocimiento y protección sociales. La clave de la transformación —en correspondencia con las nuevas características económicas de la sociedad industrial, especialmente de su mayor diferenciación y complejidad— radica en que el nuevo fin (ahora social) legitimador de la propiedad privada opera no sobre ésta y desde fuera de la misma, sino en ella y desde su interior, conformando el propio contenido del Derecho. Este no es que tenga unos límites derivados de necesidades sociales (actualizadas con mayor o menor aleatoriedad), sino que el interés general o colectivo (los valores o bienes jurídicos protegidos en cada caso por la colectividad políticamente institucionalizada) le confiere sus perfiles propios (junto con la libertad de disposición del titular, que no desaparece).

Cabría suponer que la consagración constitucional del Estado social y democrático de Derecho ha supuesto la clara y definitiva consolidación de esta última y moderna visión de la propiedad privada. Nada más lejos de la realidad. La novedad de la fórmula constitucional y la específica dificultad para su pacífica interpretación y aplicación (en ella parecen convivir los valores y principios contradictorios y de cuando menos ardua conciliación: el Estado social y el Estado de Derecho), de una parte,

y la mayor decantación y operatividad jurídicas del Estado de Derecho para con respecto al Estado social, está entorpeciendo la cristalización del nuevo edificio jurídico que aquella fórmula parece postular. En especial, gracias a la pervivencia —propiciada por las características mismas de la formulación dogmática del Estado de Derecho— de esquemas, categorías y conceptos de otro momento (que en principio, podrían entenderse superados) y, entre ellos, de la concepción liberal y burguesa de la propiedad, muy significativamente de la inmobiliaria en general y del suelo en concreto. Baste con una simple referencia al modelo constitucional —el alemán federal— tenido en cuenta, a estos efectos concretos, por nuestro constituyente: si ya en fecha tan temprana como lo es 1951 (en la reunión anual de los profesores de Derecho Público, con publicación al año siguiente justamente en la colección dedicada a las intervenciones en dichas reuniones: «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», número 10, Berlín 1952) el reputado iuspublicista H.P. IPSEN expuso la tesis de la regulación constitucional de la propiedad como parte del orden social constitucional, cuya configuración queda encomendada al legislador desde la perspectiva de la cláusula de Estado social (incluyendo la encomienda constitucional de la reforma y nueva ordenación, y hasta redistribución, del dominio o señorío sobre las cosas) y luego —en los años sesenta— H. KRÜGER («die Bestimmung des Eigentumsinhalts», en «Hamburger Festschrift für F. Shack», HAMBURG 1966, insistió sobre la capacidad del legislador para la determinación del contenido del derecho de propiedad (con la única vinculación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y sin la limitación, en todo caso, de cualquier imagen metaconstitucional de aquel derecho), nada menos que en los años setenta W. LEISNER (en una monografía sobre la «Sozialbindung des Eigentums»), tomando pie en la jurisprudencia federal civil, pudo aun plantear la vinculación social de la propiedad desde un concepto apriorístico del dominio, coincidente con la «status quo», haciendo de él la clave del Estado de Derecho y reduciendo el papel del legislador al equilibrio de los intereses de los propietarios.

A las circunstancias expuestas se ha añadido ahora la crisis de crecimiento que ha sobrevenido al Estado social y cuyas respuestas más visibles son las políticas de desregulación y privatización. Estas crisis, además de aumentar la confusión en torno a dicho tipo de Estado, han proporcionado un nuevo alimento a las posiciones neoliberales, incluso y, principalmente, en punto a la propiedad.

No es sorprendente, pues, que, entre nosotros, la situación de las ideas sobre la propiedad no sea precisamente clara y, mucho menos aún, pacífica, como revelan episodios como el de los contenciosos judiciales y las

tomas de posición doctrinales a que ha dado lugar la expropiación legislativa del grupo Rumasa, las impugnaciones por inconstitucionalidad fundadas en buena medida sobre argumentos relativos a la propiedad de las recientes Leyes sobre aguas y costas o, finalmente, los términos de la formulación por el Gobierno y el debate parlamentario para la aprobación del Proyecto de reforma de la legislación urbanística y del debate a que ha dado lugar, así como la impugnación constitucional de la Ley una vez publicada.

Consecuentemente, si urgen la reflexión y la investigación sobre todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, éstas no son menos imperiosas en el caso particular de la propiedad privada.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

I. Los términos de su reconocimiento y protección

I.1. La ordenación constitucional específica de la propiedad privada

La Constitución reconoce y protege la propiedad privada en su artículo 33, es decir, dentro de lo que agrupa en la categoría «derechos y libertades» (Capítulo II, del Título I), especie «derechos y deberes de los ciudadanos» (Sección 2ª de dicho Capítulo) y, por tanto, de aquéllos a los que se extiende la triple garantía general articulada en el artículo 53.1 de la propia norma fundamental:

- la vinculación a todos los poderes públicos;
- la reserva a la ley formal de la regulación de su ejercicio;
- la limitación de la capacidad de configuración de su legislador, a la hora de dicha regulación, por el contenido esencial, que aquél declara intangible.

La primera garantía —vinculación a los poderes públicos— parece redundante, pues reitera, en esta materia particular, la sujeción a la Constitución (y al resto del ordenamiento jurídico) de dichos poderes que, con carácter general, se efectúa ya en el artículo 9.1 de la norma fundamental. Sin embargo, la relevancia que en el orden constitucional posee el cuadro sustantivo de derechos y libertades explica y justifica —en términos de especial vinculación— la determinación comentada. Muy particularmente, ésta debe entenderse como prescripción que obliga no sólo al respeto (a la protección y al no desconocimiento) en las condiciones del artículo 9.2, sino también a la acción positiva en el sentido del artículo 9.3 del propio texto constitucional.

La segunda garantía rige con carácter general para todos los derechos y libertades del Capítulo segundo, por lo que debe ceder ante las regulaciones específicas que la misma haga la propia norma fundamental al tratar de cada uno de los diferentes derechos y libertades. Una tal regulación específica se contiene precisamente en el artículo 33.2, que relativiza la reserva mediante la fórmula «de acuerdo con las Leyes» (abriendo, así, un mayor campo a la colaboración de normas infralegales con la Ley formal).

La tercera garantía tiene como destinatario directo al legislador, por lo que opera en el plano objetivo de la regulación normativa del derecho de propiedad en cuanto institución. No juega, consecuentemente, respecto de la propiedad como situación subjetiva de contenido patrimonial, derecho subjetivo constituido, ni siquiera cuando es la ley —como hoy es posible en los casos de Leyes, medidas o similares— la que incide directamente sobre una tal situación o derecho, procediendo a su sacrificio. En el plano subjetivo, la propiedad no puede esgrimir contenido esencial alguno, porque ello significaría tanto como consagrar el «status quo» o la imposibilidad de proceder, por razón de interés general, a la ablación de situaciones patrimoniales legítimamente establecidas.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que ésta no fue la configuración jurídica prevista inicialmente para la propiedad. En el anteproyecto de Constitución aparecía recogida en el artículo 29 e incluida, por tanto, entre las libertades públicas beneficiarias (como los derechos fundamentales actuales) de la máxima garantía y tutela. El cambio se produjo en el trámite ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados y como consecuencia de la propuesta por el Informe de la Ponencia de nueva ordenación del Título I. Esta propuesta, que dio lugar a su nueva y definitiva ubicación sistemática, primero como artículo 31 y luego como artículo 33 (véase el aludido informe en «Constitución Española. Trabajos parlamentarios», Ed. Cortes Generales, Madrid 1980, Vol. I., págs. 503 y ss; Obra preparada por el Servicio de Estudio y Publicaciones y a cargo de F. Sáinz Moreno). Resulta plausible, dado el carácter consensuado de la elaboración del texto constitucional, relacionar este cambio con el destino (no fue defendida, habiendo prosperado sólo en punto a la rectificación de la garantía del pago del justo precio en la expropiación) de la enmienda formulada por el grupo socialista del Congreso, que pretendía una regulación bien distinta del derecho de propiedad.

La enmienda citada rezaba así (para los dos primeros números del precepto):

1. La propiedad, pública y privada, cumplirá una finalidad social en beneficio del interés general.

2. La Ley determinará los modos de adquisición, disfrute y límites de la propiedad privada, para la efectiva realización de los principios generales y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

(Se toma el texto de la «Constitución Española...», op. cit., Vol. I., pág. 53).

En el trámite ante el Senado se formuló otra enmienda por el grupo Progresistas y Socialistas Independientes, que igualmente planteaba una consagración constitucional alternativa y a cuya defensa se renunció, en atención al resultado desfavorable de la votación previa en Comisión, sustitutiva del informe formal de la Ponencia. Su texto era el siguiente:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad personal y a la herencia subordinado a los intereses generales de la comunidad en los términos que la Ley establezca.

2. (Se suprime).

(Se toma el texto de la «Constitución Española...»m op. cit., Vol. III, pág. 2.681).

En cualquier caso, la regulación definitiva que se contiene en el artículo 33 de la norma fundamental presenta dos partes claramente diferenciadas: la oposición objetiva en favor de la construcción del ordenamiento jurídico con el juego del dominio privado sobre las cosas como elemento o pieza necesarios (que luce en la expresión «derecho a la propiedad privada» que emplea el número 1), a cuyo servicio se coloca la determinación del número 2, de un lado, y la protección de los bienes o situaciones concretos consolidados en términos de propiedad, con la única excepción de la expropiación sujeta a requisitos o presupuestos específicos.

2. La propiedad como elemento de la «constitución económica»

No obstante, la regulación constitucional de la propiedad privada sólo adquiere pleno sentido, si se la considera en su necesario contexto, en tanto que elemento componente de la «constitución económica» contenida en la norma fundamental, dando a dicha expresión el sentido con el que se está utilizando desde el constitucionalismo weimariano.

Conforme al pronunciamiento rotundo que al respecto ha realizado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1/1982, de 28 de enero, en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la es-

estructura y funcionamiento de la actividad económica formal. La cuestión reside, así, en el contenido de ese marco jurídico fundamental, en tanto que orden básico regulador de la actividad o el proceso económico (voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre). En este punto hay una coincidencia doctrinal y jurisprudencial sobre la no asunción ni la garantía por el constituyente de un modelo o sistema económico concreto y determinado. Aunque parezca excesiva la posición de radical neutralidad en este terreno de la Constitución (como pretende dar por establecido algún sector doctrinal; por todos, G. ARIÑO ORTIZ, «La Constitución económica de España, comentario introductorio al Título VII», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985; su posición más reciente en la obra por él mismo dirigida *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 1999), sí que es clara la convivencia en la «constitución económica» de reglas, principios e instituciones de diverso origen y sentido que, simplificando, podrán agruparse o encuadrarse en los esquemas extremos del liberalismo y del socialismo democrático. Quiere decirse que el orden constitucional aparece alimentado simultáneamente por la filosofía económica liberal y la correctora de la misma que ha alumbrado el socialismo no marxista.

Inmediatamente debe precisarse algo que, aunque de principio puede aparecer como *verdad de perogrullo*, tiene una trascendencia nada despreciable, descuidada ordinariamente: la «constitución económica» no es un orden cerrado sobre sí mismo y autosuficiente; al contrario, forma parte y vive en el seno del orden constitucional general, con las consecuencias que para su interpretación y aplicación se derivan con toda naturalidad de tan elemental comprobación, toda vez que la Constitución no es un simple agregado de normas, ni siquiera una suma de regulaciones institucionales, sino un sentido, un orden sistemático o estructurado. De ahí que no sean de recibo los intentos (realizados ya por algún autor, como es el caso de G. ARIÑO ORTIZ, *La Constitución económica...*, op. cit.) de inducir de la propia «constitución económica», sin referencia ni justificación algunas o, cuando menos, suficientes al sistema constitucional total, una determinada estructura interna capaz de jerarquizar las reglas y los principios que componen aquélla.

Con independencia del problema de la complejidad de la regulación constitucional de carácter económico y de su escasa capacidad de definición positiva de un sistema concreto, el conjunto de las reglas que la componen, y este es otro punto pacífico, despliega la eficacia genérica de la norma constitucional, en cuanto norma suprema del ordenamiento indisponible por los poderes constituidos, incluido el legislativo: la limitación de dichos poderes y, principalmente, el acotamiento negativo de la liber-

tad de configuración social del legislador mediante la fijación de una serie de parámetros que, si bien posibilitan el establecimiento y funcionamiento de varios sistemas, excluyen desde luego aquellos que los infrinjan o contradigan (voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre).

El marco en que consiste, así, en último término la «constitución económica» está compuesto por preceptos con diferente ubicación sistemática en la Constitución y, en correspondencia con tal dispersión a lo largo de la misma, de naturaleza, consistencia y eficacia jurídicas heterogéneas, que, sobre ello, emplean conceptos más que indeterminados (en el sentido que la expresión tiene en el Derecho Administrativo), abiertos, carentes de rigor y precisión jurídicos. Así como esta última característica obliga, según ha advertido la mejor doctrina (por todos, M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980) a una actitud de gran prudencia y cautela en el manejo y la interpretación de la regulación constitucional, la complejidad y heterogeneidad de ésta requiere, para su cabal comprensión, una adecuada sistematización. Si bien ésta puede hacerse desde múltiples perspectivas —aunque teniendo siempre presente la fundamental polarización en torno a los sistemas extremos del liberal y socialista democráticos—, quizás la que mejor dé cuenta del contenido de la regulación de que se trata sea la siguiente:

- a. Una primera y básica distinción, debida a J. MONTALVO CORREA («Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales», en *Estudios sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, IELSS, Madrid, 1985), es la «constitución económica» de tres grupos normativos: el dirigido a trazar las líneas estructurales del sistema económico propiamente dicho, el de los preceptos centrados en la identificación de posibles disfunciones o desviaciones en el desarrollo y funcionamiento de dicho sistema y, por tanto, de su impedimento o corrección; finalmente, el constituido por habilitaciones y mandatos positivos a los poderes públicos en su acción sobre el orden económico y social.
- b. El primero de los grupos referidos está compuesto básicamente por los artículos 7 (libertad de creación y actividad de sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales; está ubicado sistemáticamente en el Título Preliminar), 33 (derechos a la propiedad y a la herencia; ubicados en el parte dogmática, Título I «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II «Derechos y libertades», Sección 2ª «De los derechos y deberes de los ciudadanos»), 35 (derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, con la misma ubicación siste-

mática que los anteriores) y 128 y 131 (subordinación de la riqueza del país al interés general, intervención pública en la actividad económica y reserva de actividades al sector público, el primero, y planificación de la economía, el segundo; ubicados sistemáticamente en la parte organizativa, Título VII «Economía y Hacienda») de la Constitución.

Aunque todos ellos contribuyen a perfilar el sistema económico, es posible identificar en su seno un orden nuclear, derivado de la especial y estrecha vinculación (apreciada por la doctrina y el Tribunal Constitucional, Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre) existente entre los artículos 38, 128 y 131. Esta vinculación es determinante en su indispensable interpretación sistemática.

En cualquier caso, en este conjunto normativo se aprecia una doble circunstancia:

— Por de pronto, la contraposición de principios de distinto signo: derecho de propiedad y libertad de empresa y economía de mercado, así como de trabajo, profesión y oficio, y derechos de negociación y conflictos colectivos, de un lado, y subordinación de toda riqueza al interés general, iniciativa pública en la economía, posibilidad de reserva de actividades al sector público y planificación de la actividad económica general, de otro.

— En segundo término, la heterogeneidad de su contenido, en el que coexisten principios estructurales del orden constitucional entero (los del artículo 7), derechos fundamentales contruidos de forma compleja, en cuanto que, además de derechos subjetivos, tienen una vertiente institucional (artículos 33, 37 y 38) y, finalmente, principios materiales y reglas de organización del poder público (artículos 128 y 131).

- c. El grupo de preceptos dirigidos a señalar disfunciones no deseadas en el sistema económico es, por el contrario, homogéneo en su textura jurídica, ya que todo él pertenece a los «principios rectores de la política social y económica» que establece la Constitución en el Capítulo III de su Título I. Lo integran:

— El aseguramiento de la protección económica de la familia (art. 39.1).

— La promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica y orientada al pleno empleo (art. 70.1).

- El fomento de la formación y readaptación profesionales; el cuidado de la seguridad e higiene en el trabajo, y la garantía del descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de los centros adecuados (art. 70.2).
 - El mantenimiento de un régimen público de seguridad social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41).
 - El aseguramiento de la autorización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente (art. 45.2).
 - La promoción de las condiciones necesarias para la efectividad del acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47).
 - La garantía de la defensa de los consumidores y los usuarios, con protección de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (art. 51).
 - El reconocimiento de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (art. 52).
- d. Finalmente, la voluntad del contribuyente de perfeccionar el orden económico y social —confesada explícitamente en el Preámbulo de la Constitución cuando incluye en la proclama que hace de la voluntad de la nación española la de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida»— lleva al texto constitucional a incluir en su Título Preliminar la imposición a todos los poderes públicos de un deber jurídico en sentido estricto (según ha determinado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional), que se corresponde con un mandato positivo de actuación para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, así como para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Este mandato-deber que, por su carácter y contenido, tiene un amplio radio de acción que cubre todo el orden constitucional, reopera —desde la perspectiva que le es propia, es decir, desde la de la acción del poder público en relación con el sistema económico— sobre los dos grupos normativos anteriores.

Esta perspectiva conlleva, en un Estado con reparto o división territorial del poder público como el español (pluralismo territorial derivado del reconocimiento de la doble autonomía de las nacionalidades y regiones y de los entes locales, sin perjuicio de la unidad de la nación española), la cuestión sobre el quién (poder central, Comunidades Autónomas o entes locales) en cuanto a la competencia para la realización de la acción estatal de ordenación e intervención en materia económica; cuestión que, a su vez, es importante para el sistema o modelo económico, en la medida en que la existencia o no de un régimen jurídico único y de la realización o no y, en su caso, el ámbito propio de la unidad de mercado inciden decisivamente sobre el mismo.

Queda añadir, únicamente, que los elementos fundamentales del modelo económico esbozado por la Constitución aparecen en ésta básicamente bajo la forma de derechos constitucionales, según ha quedado ya dicho. De entre esos derechos destacan, como piezas determinantes del referido modelo, los relativos a la propiedad y a la libertad de empresa, pues los restantes son referibles o están mas o menos ligados a uno u otro (principalmente el segundo): el derecho al trabajo y a la elección de profesión u oficio, el derecho de negociación colectiva laboral y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo.

Ambos elementos básicos son, a su vez, reconducibles a la institución de la propiedad en sentido lato. Ocurre sólo (como ha expuesto brillantemente G.F. MANCINI) que el derecho de propiedad clásico es un producto decantado históricamente, es una institución del pasado, que contempla los bienes patrimoniales en su misma existencia, es decir, estáticamente, mientras que la empresa es una institución moderna, surgida en la era postmanufacturera del capitalismo, que concibe la propiedad dinámicamente, en su inserción en el proceso productivo: la propiedad creando propiedad. De esta forma, cabe decir que la propiedad, en las dos vertientes expuestas, constituye la clave del modelo económico de la Constitución Española, sirviéndose ésta, para su traducción jurídica, de figuras subjetivas (derechos) y objetivas (instituciones), como inmediatamente comprobaremos.

2.3. El orden constitucional básico y su repercusión en la «constitución económica»

La sistematización y el somero análisis de la composición de la regulación constitucional del sistema económico que quedan hechos ponen de manifiesto sin más la improcedencia, ya apuntada, de su consideración como ordenación autónoma o autosuficiente en el seno de la Constitución. El carácter de sistema de ésta, afirmado por el Tribunal Constitucional so-

bre la base del principio de unidad de la Constitución (Ss. 60/1981, de 17 de junio; 22/1984, de 17 de febrero; 67/1984, de 7 de junio; 20/1985, de 14 de febrero y 32/1985, de 6 de marzo), obliga, por el contrario, a situar la regulación que nos ocupa en el contexto de la economía general del todo que integra la norma fundamental.

Y ésta, que es ciertamente una norma jurídica, tiene por objeto el establecimiento de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, entendida como marco de una convivencia plasmada históricamente, primero en el Estado de Derecho y luego en el Estado social y democrático de Derecho que determina su artículo 1.1 (Ss. 25/1981, de 14 de julio y 80/1982, de 20 de diciembre). Este ordenamiento responde, además, a una «filosofía», a un cierto orden de valores (Ss. 26 y 27 de 17 y 20 de julio) que informa todo su contenido, tanto el sustantivo o material como el organizativo, de suerte que dicho contenido cuenta con una específica estructura condicionante de su interpretación.

La estructura del orden constitucional así concebido descansa, pues, en la constitución de España, por el artículo 1.1, en un Estado social y democrático de Derecho que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La fijación, en el encabezamiento mismo de texto fundamental, de las notas caracterizadoras del Estado (en todas sus dimensiones y de los valores, calificados expresamente como superiores, de su entero ordenamiento) expresa emblemáticamente los contenidos últimos o más esenciales del orden constitucional, es decir, supone la positivación de los valores más abstractos y nucleares de entre los asumidos por la comunidad política que, por ello mismo, deben imprimir su sello propio al proceso de integración definido por la Constitución. En concreto y siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional:

- Indican el sentido en el que deben interpretarse los derechos fundamentales y las libertades públicas (Ss. 34/1981, de 10 de noviembre; 12/1982, de 31 de marzo; 62/1983, de 11 de julio y 75/1983, de 3 de agosto).
- Hacen lo propio (condicionamiento de la interpretación) respecto de los principios constitucionales (Ss. 42/1982, de 5 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre y 83/1984, de 24 de julio).
- Sirven de gozne y mecanismo de acomodación entre los planos material y organizativo de la Constitución para la recuperación de la unidad de ésta gracias a su posición prominente en el sistema constitucional. De esta suerte, determinan la existencia de un orden que no resulta afectado por la distribución territorial del poder, es decir, la

organización autonómica del Estado (Ss. 25/1981, de 14 de julio; 32/1981, de 28 de julio y 100/1984, de 8 de noviembre).

Así pues, entre las notas del Estado y los valores superiores de su ordenamiento, de un lado, y los derechos fundamentales y los principios constitucionales, de otro, existe una relación de preeminencia o supraordenación (que no quiere decir rígida jerarquía) de los primeros respecto de los segundos.

Pero éstos, a su vez, poseen una cierta ordenación interna. El conjunto de los derechos fundamentales forma —en palabras de las Sentencias 114/1984, de 29 de noviembre, y 66/1985 de 23 de mayo, el Tribunal Constitucional— un sistema de valores con vigencia y posición preferentes o privilegiadas en el ordenamiento; sistema que cuenta con una específica estructura sobre la base de la posición capital de los contenidos del artículo 10 de la Constitución (ubicado en el Título I pero fuera de la división interna de éste en Capítulos y Secciones; expresión formal de la proyección de su eficacia sobre la totalidad de la parte dogmática y orden sustantivo del texto constitucional): declaración enfática de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social.

Los principios constitucionales, especialmente los de carácter general formalmente proclamados en el artículo 9 de la Constitución, no son simples herramientas técnicas, sino precipitación y manifestación concreta del sistema general de valores. Forman un conjunto de obligada interpretación sistemática y están vinculados de manera estrecha con las notas del Estado y los valores superiores. En particular, el Estado de Derecho y el valor de la libertad están contenidos a los principios de libertad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las normas no favorables o sancionadoras, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos fijados en el número 3 del artículo 9, mientras que el Estado social y el valor superior de la igualdad lo están a los principios de promoción de las condiciones para la realidad y efectividad de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos sociales, así como remoción de los obstáculos que impiden su plenitud y facilitación de la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social, proclamados en el número 2 del propio artículo 9 del texto fundamental.

La posición central de los valores de la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad, en el plano sustantivo o material, y el juego específico de los principios informantes de la acción del Estado a partir de su doble caracterización como social y de Derecho, explican:

- a. La sistemática de la parte dogmática (dividida en derechos fundamentales, simples derechos constitucionales y principios rectores de la política social y económica) y su correspondencia con la consistencia y la eficacia jurídicas otorgadas, conforme al artículo 53 del texto constitucional, a cada uno de tales contenidos:

— Reserva de Ley, con garantía de un contenido esencial intangible incluso para el legislador y tutela judicial reforzada (preferencia sumariada de la vía judicial ordinaria y acceso al amparo ante el Tribunal Constitucional) para los derechos fundamentales (los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I).

— Únicamente reserva la Ley, con garantía de un contenido esencial disponible por el legislador, en cuanto hace a los derechos constitucionales ordinarios (los de la Sección 2a. del Capítulo II, del Título I).

— Negación del carácter de derechos directamente actuales «*ex Constitutione*» para los principios rectores de la política social y económica (es decir, los del Capítulo III del Título I) y atribución a los mismos exclusivamente de la condición de principios informantes de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos para su reconocimiento, respecto y protección por los mismos.

Esta textura del orden material constitucional se explica desde la función estructurante de los valores centrales de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad: cuanto más se acerca de los mismos (como es el caso de los derechos fundamentales), más consistencia; cuanto más lejos, menos consistencia.

- b. La articulación de la acción estatal sobre el orden social. En el juego recíproco de los principios de Estado de Derecho y Estado social y principios conexos con el mismo, la primacía corresponde al primero en el entorno inmediato a los valores centrales antedichos (lo que significa mayor resistencia del orden social a la acción conformadora del poder público) y al segundo en las áreas más distantes de los mismos (la acotada por los principios rectores de la política económica y social, que es la más expuesta a la capacidad conformadora de los poderes públicos).

De esta suerte, los derechos constitucionales ordinarios (entre los que figura el derecho a la propiedad) integran un espacio intermedio en el que los referidos grupos de principios juegan más equilibradamente.

Toda interpretación y aplicación de la Constitución tiene que tener en cuenta, situarse y realizarse en esta básica construcción del orden consti-

tucional. En el caso de la «constitución económica», todos sus contenidos principales (los que consagran las líneas maestras del sistema económico) están contruidos como derechos constitucionales no fundamentales, es decir, ordinarios, emplazando así la materia en la zona templada o intermedia del orden constitucional material.

2. La interpretación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.1. El estatuto constitucional de la propiedad privada

Ya en su Sentencia 11/1983, de 2 de diciembre (relativa al Real Decreto-Ley de expropiación del grupo de empresas RUMASA), el Tribunal Constitucional advirtió en la garantía del derecho de propiedad contenida en el artículo 33 de la norma fundamental la existencia de las dos vertientes, claramente diferenciadas, a las que ya se ha hecho alusión:

- La garantía de la propiedad como institución jurídica (vertiente objetiva).
- La garantía de la propiedad como derecho subjetivo (vertiente subjetiva), que es, en este caso, una garantía debilitada, por cuanto el derecho garantizado cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad —concretado por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social— legitima la expropiación.

(En el mismo sentido, las Ss del TC 166/1986, de 19 de diciembre, y 67/1988, de 18 de abril, ambas recaídas también en el asunto RUMASA).

Esta es la base sobre la que se asienta la doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre la configuración constitucional de derecho de propiedad, establecida básicamente en sus Sentencias 37/1987, de 26 de marzo (asunto Ley 8/1984 del Parlamento de Andalucía, de reforma agraria) y 227/1988, de 29 de noviembre (asunto Ley 29/1985, de aguas; en el mismo sentido, 170/1989, de 19 de octubre; 66/1991, de 22 de marzo; 149/91, de 4 de julio; 28/1997, de 13 de febrero; 61/1997, de 20 de marzo; y 14/1998, de 22 de enero), y que cabe sintetizar así:

La interrelación necesaria entre los tres números del artículo 33 de la Constitución, que impide su separación artificiosa en la labor de interpretación y aplicación del precepto.

Desde esta comprobación y la doble vertiente del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad (con reiteración de lo dicho en la

Sentencia 11/1983; FJ i), la referencia a la función social —como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido— se entiende reveladora de que «...la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general». Dicho en términos positivos:

...la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir (STC 37/87; FJ 2).

Esta segunda faceta social, objetiva o supraindividual, del derecho, conduce a que:

...la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que se debe incluir legalmente la necesaria referencia a la función social entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. (STC 37/1987; FJ 2).

Concluyéndose que: «Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad» (STC 37/87; FJ 2).

Como se ve, pues, las dos vertientes de la garantía constitucional acaben concluyendo desde la óptica de la determinación del contenido mismo del derecho de propiedad.

La garantía constitucional implica, por de pronto, reserva a la Ley de la aludida determinación del contenido del derecho. Sin embargo, el artículo 33.2 de la norma fundamental no establece una reserva absoluta, antes bien, flexibiliza dicha reserva.

...en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla.

Los límites de esta flexibilidad vienen dados, de un lado, por la prohibición de «...toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada, regla-

mentos independientes o extra legem», y, de otro lado, por la permisión de «...la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos».

Más aún, la repetida flexibilidad y, por tanto, la utilización de esta última remisión a la norma reglamentaria, se considera inexcusable.

...cuando... las características naturales del bien objeto del dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse. [Supuesto del que la propiedad inmobiliaria se estima que constituye el arquetipo mismo]. (STC 37/1987; FJ 3).

La reserva de Ley es, por tanto y en el caso del derecho de propiedad (concretamente de la inmobiliaria), relativa, permitiendo y aun propiciando un muy amplio espacio de colaboración entre la Ley y el Reglamento en orden a la delimitación del contenido de dicho derecho.

El límite constitucional a la operación de delimitación del contenido normal del derecho de propiedad lo constituye la garantía de un «contenido esencial» (art. 53.1 de la Constitución) del mismo. Este contenido esencial no viene a ser sino el determinable por una doble vía:

1. La de determinación del elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, provocando su desnaturalización (todo ello referido al momento histórico de que se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas).
2. La de precisión de aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida a dicho derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (de suerte que la comprobación de la sujeción de un derecho a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, constituye una prueba de que se ha rebasado o desconocido el límite que impone la garantía del contenido esencial).

(Esta doctrina y está establecido, con carácter general, en la STC 11/1981, de 8 de abril; FJ 10; también la encontramos recogida y reiterada en STC 37/1987; FJ 2).

Si en cuanto derecho subjetivo el derecho de propiedad aparece estrictamente garantizado por el contenido esencial, la incorporación a ese contenido —desde su consideración objetiva o institucional— de exigencias sociales es un hecho hoy generalmente admitido, es decir, generalizado en la conciencia jurídica y social. Tal incorporación «...se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y disponibilidades del propietario», pues «...la dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea» (STC 37/1987; FJ2).

De ahí que, para que entre en juego y sea aplicable la garantía última de la conversión del contenido dominical en un equivalente económico —a la que sirve la institución expropiatoria—, «sea necesario... que concorra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos».

Distintas de tal sustracción o ablación son, sin embargo, «...las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior». Estas medidas legales «...no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria», aunque impliquen «...una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades». Al contrario, al suponer el establecimiento con carácter general de una nueva configuración legal de los derechos, «...el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general». Así sucede desde luego en el supuesto del régimen jurídico del derecho de propiedad privada, pues «...por imperativo constitucional, la Ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución)». Lo dicho se entiende, desde luego, desde el respeto al límite que supone el contenido esencial intangible, toda vez que, de lesionarse éste, «...no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente». Ahora bien, este respeto al contenido esencial debe entenderse, a su vez, de forma que su determinación se realice no desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales, sino con la inclusión igualmente de la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo (STC 227/1988, FJ 11).

De las capitales comprobaciones y afirmaciones anteriores se extraen, en lo que ahora interesa, las siguientes consecuencias:

1º El derecho de propiedad, tal como lo recoge y reconoce la Constitución, no es un derecho abstracto, un simple ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto de dominio, comprensivo sin más de un elenco determinado de facultades, tendencialmente ilimitadas, de uso, disfrute, consumo y disposición de dicho bien. La profunda evolución que ha experimentado en nuestro siglo «...impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil». Al contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se esté reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae (STC. 37/1987; FJ 2).

Por tanto, diversidad de los bienes y de su funcionalidad social y, por ello, diversidad correlativa de las figuras jurídicas dominicales y de sus respectivos regímenes o estatutos jurídicos.

2º La incorporación o integración al contenido supraindividual o social del derecho de propiedad de exigencias derivadas de la vida colectiva no se produce tampoco de forma general o abstracta, pues «...responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse «... que el artículo 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general; que el artículo 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el artículo 45 ordena a los poderes públicos para que velen por la utilidad racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; o que, finalmente, el artículo 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores eco-

nómicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...». Más concretamente, y con relación a la propiedad inmobiliaria, el texto constitucional contiene previsiones expresas en sus artículos 45 y 47, en razón justamente a la transformación especialmente intensa que ha experimentado (tanto la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como la que lo hace sobre tierras agrícolas o forestales) y que explica —entre otras razones— por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas (STC 37/1987; FJ 2).

- 3º De la conexión entre función social de la propiedad y valores y principios sustantivos proclamados por el texto fundamental en su parte dogmática, se sigue la consecuencia —en el plano organizativo y competencial— de que la delimitación del contenido del derecho de propiedad, en relación con cada tipo de bienes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso (STC. 37/1987; FJ 2).

Dicho con carácter más general, toda

...interpretación (a este respecto competencial) no puede desconocer la necesidad de analizar el sentido de aquellas reglas (se refiere a las competenciales de que en cada caso se trate) de manera sistemática y armónica, a la luz de los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el artículo 2 de la Constitución, de manera que ninguno de ellos padezca. Pero además, en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los estatutos de autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales..., principios que, a modo de síntesis, que condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre todas las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquéllas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado (STC. 227/1988; FJ 14).

De lo dicho resulta, ya concretamente para la delimitación del contenido del derecho de propiedad, especialmente la inmobiliaria (desde la vertiente institucional u objetiva y en orden a la concreción de la función social de dicho derecho), que

...esta delimitación no se opera ya sólo en la legislación civil sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses

públicos a los que vincula la propiedad privada. Así ocurre en la propiedad urbana, cuyas Leyes de ordenación urbana están muy lejos de establecer sólo... medidas de policía concretas, respetando, como regulación ajena, la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales, sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo desde el punto de vista de la ordenación del territorio. Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas que se superpone a la legislación civil propiamente dicha.

La imputación a la legislación jurídico-administrativa sectorial de la incapacidad para establecer, respecto a tipos concretos de bienes y en razón de su específica función social, el correspondiente régimen jurídico definidor, de contenido normal de la propiedad de tales bienes, es rechazable por cuanto descansa en la idea, ya incorrecta, de que la regulación del derecho de propiedad «...es el núcleo de la legislación civil»; idea a la que subyace «...una concepción —asimismo periclitada— de la propiedad privada como institución unitaria regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales» STC. 37/1987; FJ 8).

Resumiendo, si el derecho de propiedad puede tener —en su vertiente subjetiva o individual— un contenido general o abstracto (cuyo asiento radica lógicamente en la legislación civil), no sucede lo mismo con la parte de dicho contenido determinada desde su vertiente supraindividual o social.

La razón la encontramos en la conexión de esta última vertiente con el orden de valores y principios materiales consagrados por la Constitución, que determina una diversificación del régimen del derecho de propiedad según su función social específica (dependiente del tipo de bien sobre el que recae el derecho y los intereses generales o colectivos pertinentes al caso).

La consecuencia es que la función social y, por tanto, la delimitación del contenido dominical, desde la perspectiva corresponde al legislador competente para la realización constitucional de los intereses generales concretos, relevante para aquella función social.

2.2. Configuración constitucional del derecho de propiedad, diversificación del estatuto jurídico de éste y principio-derecho fundamental e igualdad

La configuración constitucional expuesta del derecho de propiedad parece posibilitar, en la medida en que legitima regímenes jurídicos diver-

sos (incluso y sobre todo desde la perspectiva de la distribución territorial del poder, en virtud del principio de autonomía), una situación contraria —y, por tanto, inaceptable— al principio y al derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Pues, según dicha diversificación, unos mismos propietarios de unos bienes tendrían (o, al menos, podrían tener) facultades y deberes distintos (en relación a una misma función social) en las diferentes Comunidades Autónomas.

Para el Tribunal Constitucional semejante razonamiento carece de consistencia. El principio constitucional de igualdad «...no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes». Pues

...la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales... (STC. 37/1987; FJ 11).

En este razonamiento del Tribunal Constitucional debe considerarse implícito que, si tanto la naturaleza y circunstancias de los bienes objeto de propiedad como la funcionalidad de éstos en la vida colectiva reportan para el propietario ventajas diferenciales, que son pacíficamente aceptadas como no lesivas de la igualdad, idéntica posición debe mantenerse cuando se trata del reverso de la moneda (la otra cara del mismo fenómeno): las desventajas diferenciales. La igualdad aquí, por tanto y como lógica consecuencia de la no homogeneidad de las situaciones dominicales (lo que los alemanes llaman la «Situationsgebundenheit» de la propiedad inmueble), no sólo no supone tratamiento igual, sino que demanda constitucionalmente un tratamiento desigual. Este argumento es conectable, justamente en materia de propiedad del suelo o inmobiliaria en general, con el que el Tribunal Constitucional desarrolla en el plano organizativo de los poderes públicos o competencial. Pues, aparte de la necesidad de cohonstar los principios constitucionales de igualdad y autonomía, justamente en punto a la propiedad inmobiliaria, la misma naturaleza de las cosas hace que las características del lugar, del territo-

rio en el que se sitúan, constituyan un elemento relevante, si no el principal, de las exigencias de tratamiento diferencial que acaban de justificarse.

Por tanto, la específica configuración del derecho de propiedad que resulta de la Constitución y, en concreto, sus consecuencias diversificadoras en doble plano sustantivo y competencial, en modo alguno están en contradicción y sí en perfecta armonía con la paralela consagración constitucional del principio-derecho de igualdad (en sus varias manifestaciones); justamente por ello, el propio texto fundamental ha previsto un mecanismo corrector de la diversidad, regulado expresamente bajo la forma de competencia estatal en el apartado 1 del artículo 149.1.

2.3. Las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, como límite a la diversidad del estatuto jurídico delimitador del contenido del derecho de propiedad

Así pues, aunque la diversidad del régimen jurídico delimitador del contenido del dominio sobre las cosas sea constitucional, tiene un límite, que se traduce en la exigencia de un mínimo de homogeneidad.

Enfrentado a este límite, la respuesta del Tribunal Constitucional es la negación de que el mismo opere en el plano de la definición sustantiva de los derechos y deberes concretos constitutivos del contenido del derecho de propiedad según su función social. Tajantemente afirma que «...esta última y radica *reducto ad unitatem* que los recurrentes proclaman no es una consecuencia que se deduzca sin más del citado artículo 149.1.1; tampoco es inherente a la regulación constitucional de la propiedad ni se compadece, por último, con las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por sus Estatutos de Autonomía y por las Leyes conforme a la Constitución».

La razón de que ello sea así radica en que

...la función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que concierne singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes en razón a las cambiantes condiciones económicas, sociales e, incluso, de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anu-

larse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial...

...precisamente la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación todo tipo de bienes. Carece, por lo mismo, de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social —las funciones sociales, mejor— de dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido.

Por todas estas razones y aun en la hipótesis maximalista de la interpretación del artículo 149.1.1 de la Constitución como título atributivo de capacidad legislativa en relación con la función social de la propiedad sobre cualquier tipo de bienes en virtud de cualesquiera intereses de carácter público, aun aquellos cuya definición y gestión no le está ya encomendada al Estado, no resulta en modo alguno posible concluir una competencia normativa estatal para la definición del contenido material de dicho derecho; todo lo más, dice el Tribunal, cabe sostener sólo «...que el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato —asimismo básica y esencial— de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos de propiedad» (STC. 37/1987; FJ 9). Pues, en definitiva, el referido precepto (art. 149.1.1) no representa un título competencial autónomo sino la definición de un fin que el Estado debe materializar «...a través de y no a pesar de los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución» (STC 152/1988, de 20 de junio, sobre el régimen de la financiación de las actuaciones protegibles en materia de vivienda; FJ 2, que reitera la doctrina ya sentada en la anterior STC 146/1986, de 25 de noviembre; FJ 4).

En estas últimas afirmaciones hay una aplicación de la doctrina que, con carácter general, había establecido ya la STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 3), en el sentido de que el artículo 149.1.1 de la Constitución no puede interpretarse de manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma.

En definitiva, para el Tribunal Constitucional el título competencia establecido en el artículo 149.1.1 de la norma fundamental, al estar definido desde una perspectiva general, formal y abstracta:

— no tiene por objeto la delimitación sustantiva del contenido del derecho de propiedad, es decir, la determinación de las facultades y los de-

beres constitutivos del contenido normal de cada tipo de propiedad en razón de cada manifestación constitucional (conforme a los correspondientes valores, principios o intereses generales materiales) de la función social de los mismos. Consecuentemente, no entra en colisión, ni mucho menos puede invadir o lesionar, las competencias que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en las distintas materias constitucionalmente acotadas;

- tienen por objeto (en un plano completamente diferenciable del anterior), la determinación general de las condiciones (básicas o fundamentales, por tanto, no todas ellas) garantizadoras de la igualdad de trato (definida ella misma, a su vez, sólo en lo básico y esencial), tanto en la operación (antes aludida) de delimitación del contenido del derecho de propiedad según su función social, como en el ejercicio de este último conforme a su configuración legal.

Resumiendo, y como conclusión final, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, la Constitución no ofrece base ni soporte alguno suficiente a una regulación unitaria y abstracta (estatal, por tanto) dirigida a establecer el régimen sustantivo del derecho de propiedad, en concreto el de carácter urbanístico de la inmobiliaria, ni desde la perspectiva de sus disposiciones materiales (fundamentalmente el art. 33 y concordantes, así como el art. 14), ni desde la de sus determinaciones propiamente competenciales (básicamente los apartados 1 y 8 del número 1 del art. 148), ni tampoco desde una combinación de ambas perspectivas.

III. LA VERTIENTE OBJETIVA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD: SU GARANTÍA INSTITUCIONAL

I. Consideraciones generales

La garantía de la propiedad privada como institución jurídica del ordenamiento del Estado en su conjunto otorga, ciertamente, al derecho constitucional reconocido en el artículo 33 de la Constitución una dimensión objetiva. Sin embargo, ello no legitima una total independización de esta última, no autoriza a olvidar su causa y fundamento justamente en dicho derecho, que naturalmente forma parte del orden dogmático constitucional y encuentra su pleno sentido en el seno de éste, como ya se ha razonado.

Es evidente desde luego que la garantía institucional cumple una función de estabilización y, por tanto, de seguridad. La cuestión estriba en determinar el ámbito material y el alcance de tal función. Porque a este respecto son posibles dos posiciones básicas: de un lado, la que se atiene al propio texto constitucional y, de otro, la que pretende la asunción y con-

sagración por éste de una determinada y metajurídica concepción de la propiedad privada (la cual se erigiría, así, en parámetro mismo de la constitucionalidad).

La primera de ellas sólo puede abocar, teniendo en cuenta la unidad (y, por tanto, la obligada interpretación de la regulación de la propiedad en el contexto sistemático del orden fundamental en su conjunto) y la neutralidad de la Constitución en punto a un modelo económico-social, en la referencia de la garantía a la interdicción de la exclusión de la propiedad privada de aquellos ámbitos de la realidad que integren el contenido necesario o elemental de la actividad humana de carácter económico protegida como derecho constitucional. El fundamento de la garantía es cabalmente el derecho a la propiedad privada y éste tiene por evidente función la del aseguramiento al titular del derecho de un espacio de libertad en el terreno patrimonial, que le haga posible una conformación de la vida personal bajo la propia responsabilidad, tal como exige el valor central de todo el orden dogmático constitucional, proclamado en el artículo 10 de la Constitución. Este es precisamente la interpretación establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, conocida como «Hamburger Deich» (BGE 24, 367, 389).

La segunda posición antes avanzada, que es la que —contra las apariencias— tiende a afirmarse, reposa sobre el prejuicio de la identificación de la propiedad privada reconocida constitucionalmente con la imagen de la propiedad privada perfilada en el Estado liberal burgués de Derecho y recibida en la codificación civil (y que tiene su elemento caracterizador en la libertad de disposición del titular del derecho) y convierte, por ello, la garantía constitucional en un mecanismo de conservación del orden económico-social articulado desde tal concepto de la institución dominical.

En función de lo ya razonado, esta segunda posición, lejos de ser conforme con la Constitución, la desvirtúa al imponerle un preciso y concreto concepto de propiedad privada que, además de no haber sido asumido por la misma, resulta ya desfasado en la sociedad industrial en tránsito hacia la postindustrial (recuérdese la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la evolución experimentada por el derecho de propiedad, que no hace sino expresar su acomodación al cambio de las condiciones del sistema económico-social).

Esta afirmación requiere, sin embargo, una adecuada fundamentación, que ha de centrarse obviamente en la determinación de la propiedad objeto de protección constitucional.

La dificultad actual de esta determinación se desprende ya de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional: no existe una única propie-

dad y sí una pluralidad de propiedades, tantas como tipos de bienes con funciones diversas en el sistema económico-social; por tanto, no existe tampoco un solo, abstracto y general concepto de propiedad, válido para todos los supuestos. La situación actual es, pues, de confusión. Para salir de ella, en la doctrina alemana se ha intentado (así G. SCHWERDTFEGGER, *Unternehmerische. Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grudgesetz*, Frankfurt 1972) proceder por elevación, acudiendo a la configuración de tipos. Ocurre que esta construcción es demasiado abstracta y obliga necesariamente a retroceder al plano de los conceptos jurídicos. Este plano conduce a la concepción o imagen predominante en la conciencia social o, más concretamente, en la conciencia jurídica colectiva. El recurso a esta concepción sitúa la cuestión, sin embargo y conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en el terreno del contenido esencial del derecho de propiedad privada, que forma parte de su garantía institucional, a tenor del artículo 53.1 de la Constitución.

2. El ámbito cubierto por la garantía

2.1. El contenido esencial

El contenido esencial representa el núcleo intangible del derecho de propiedad en su dimensión objetiva, es decir, como institución. Consecuentemente, cabe esperar de su delimitación el resultado de la determinación misma del perfil jurídico de la propiedad objeto de protección o garantía.

Sin embargo, la relación del contenido esencial con la garantía institucional no está exenta de problemas. Como para el caso alemán (del que nuestra Constitución ha tomado la técnica) expone H. RITTSTIEG (*Eigentum als Verfassungsproblem. Zur Geschichte und Gegenwart des bürgerlichen Verfassungsstaates*; Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, págs. 402 y 403), la interdicción de afección del contenido esencial expresada en el artículo 19.1 de la «Grundgesetz» se dirige sólo al legislador limitador, pero no al delimitador del contenido de la propiedad (y el legislador llamado por el artículo 14 de la «Grundgesetz» es de este último tipo, regulador de la propiedad). Esta apreciación es perfectamente trasladable a nuestro Derecho Constitucional, toda vez que el artículo 53.1 de la norma fundamental erige el contenido esencial en límite a la acción del legislador en todo el ámbito de los derechos constitucionales, mientras que su artículo 33.2 alude a la función social como criterio positivo para la delimitación misma del contenido del derecho de propiedad privada. Como quiera que sea, sin embargo, no ofrece ninguna duda de que ambos legisladores deben respetar el contenido esencial (en tanto que el derecho constitucional a la propiedad proclamado en el

artículo 33 demanda del legislador efectividad y realización). El problema reside en la determinación de este contenido esencial, pues como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional tal determinación no es factible en el plano general y abstracto, y sí lo es únicamente en el caso concreto.

Fácilmente se comprende, pues, la impracticabilidad de una determinación del contenido esencial precisamente con motivo de la regulación legal de la propiedad, es decir, precisamente con carácter abstracto y general. La esencia de este derecho y la pretensión de efectividad en el ordenamiento y en la vida social que deriva de su reconocimiento constitucional sólo resulta factible en el plano analítico y en el contexto del orden fundamental en su conjunto. Ello nos sitúa en el punto de partida, nos remite inexcusablemente de nuevo al acotamiento del ámbito material protegido por aquel reconocimiento constitucional y también, como inmediatamente veremos, a la relación de la garantía institucional con el legislador delimitador del contenido de la propiedad.

2.2. La delimitación del contenido de la propiedad privada y la delimitación del ámbito de ésta, así como la socialización de la misma

Una primera aproximación del ámbito material de la garantía institucional resulta del interrogante acerca de la legitimidad de la colocación fuera del mismo o la extracción de él de determinadas cosas o bienes o grupos de cosas o bienes, por la vía de la delimitación y no de la expropiación.

Que la propiedad privada no se extiende a la totalidad de las cosas o bienes susceptibles de apropiación o de ser organizados sobre dicho instituto jurídico en cuanto al régimen de su asignación y distribución, disfrute y disposición, es algo que luce ya en la propia legislación civil, en el Código Civil. De otro lado, y con normalidad, el legislador produce nuevas operaciones de deslinde entre el dominio público natural y el campo de la propiedad privada, sin que de ello se siga necesaria e ineluctablemente consecuencia indemnizatoria por razón de expropiación. Ejemplos bien recientes en nuestro Derecho son la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Precisamente el enjuiciamiento de la impugnación por inconstitucionalidad de que fue objeto en su momento la Ley de Aguas, ha proporcionado al Tribunal Constitucional ocasión para sentar una doctrina general en la cuestión que nos ocupa. Esta doctrina descansa implícitamente sobre el «código» constitucional del medio ambiente y, en particular, los recursos naturales, razón por la que —antes de dar cuenta de la misma— procede hacer una breve referencia a éste.

La correcta inteligencia del expresado y concreto «código» requiere su contemplación en el marco más amplio del orden sustantivo constitucional. Este condiciona y determina, en efecto y conforme a su economía propia como un todo, los esquemas e instrumentos de organización y acción legítimos de la colectividad institucionalizada, es decir, del poder público; muy acusadamente, además, en la materia objeto del «código» de que aquí se trata. No parece cuestionable desde luego que los principios, los objetivos y los medios de la acción pública dependen en gran medida del correspondiente sistema económico y social, pues los valores constitucionales que definan este sistema definirán también el marco y los límites de la actividad ordenadora de los poderes públicos. Así, la «situación real» en cada caso se ofrecerá, en función de aquellos valores, bien como simple y necesaria consecuencia (estado de cosas que hay que limitarse a aceptar) de los procesos de la vida social y económica, bien —por contra— como verdadero problema (estado de cosas que es necesario modificar o corregir) creado por dichos procesos. Desde esta perspectiva adquieren un orden, tanto los objetivos de las políticas públicas como los medios e instrumentos de las mismas.

La doble perspectiva que así resulta puede y debe hacerse operativa para una mayor concreción del contenido y la función de las distintas tareas atribuidas al Estado. Por de pronto, el orden sustantivo constitucional —integrado por derechos y libertades subjetivos y principios rectores de la política social y económica— aparece construido, en su conjunto y como ya nos consta, desde el valor central y estructurante de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE). A la persona, al hombre, se le reconoce, pues, una posición central, si bien considerándolo no de forma aislada, sino en su dimensión social (a la que alude claramente el desarrollo de la personalidad, que sólo puede hacerse en sociedad). El Estado es, por ello, un Estado democrático (fundado en la voluntad popular, de los ciudadanos), de Derecho (respetuoso con los derechos y las libertades de la persona y con el ordenamiento jurídico en que consiste su sustancia) y social (constituido para la solución de los problemas sociales y la realización efectiva de los valores y los objetivos colectivos). Justamente la vertiente social del Estado se afirma y resume por el preámbulo del texto constitucional, en lo que ahora importa, al proclamar enfáticamente la voluntad de la nación española de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». Con esta expresión (definición alternativa de la procura del bien común que justifica al Estado) se consagra un objetivo último, cifra y síntesis de otros más concretos no necesariamente armónicos entre sí por lo que hace a sus planteamientos, requerimientos y exigencias; objetivo que, recuérdese, reaparece en la parte dispositiva del

texto fundamental justamente a propósito de la utilización racional de los recursos naturales, regulada en términos de presupuesto para la consecución de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona.

La acción positiva del Estado en su conjunto ha de ser, pues, tal que, respetando los derechos y las libertades fundamentales, creando las condiciones o removiendo los obstáculos para su ejercicio y delimitando y configurando o, en su caso, clarificando o limitando los restantes derechos subjetivos, tienda a la mejor realización históricamente posible de los principios rectores de la política social y económica (los enumerados en el Capítulo III del Título I de la CE). Estos principios —entre los que se incluyen los constitutivos del «código» que aquí nos interesa— confirman, por tanto, el orden de valores sobre el que se construye la dimensión social de la persona y del desarrollo de su personalidad. Tal orden, a su vez, aparece claramente vertebrado, en lo que aquí importa, en torno a dos ejes principales:

- a. El progreso, es decir, el desarrollo económico y social, matizado por la equitativa distribución de la renta personal y regional y en el marco de una política de estabilidad económica (art. 40 de la CE) y de equilibrio regional y sectorial (art. 131.1 de la CE).
- b. La conservación y mejora (adecuación) del medio ambiente en orden al desarrollo de la persona y la calidad de vida y en conexión con la racional utilización de los recursos naturales (art. 45 de la CE), especialmente la del suelo conforme al interés general y al servicio de la dignidad y adecuación de la habitación y la residencia (vivienda) (art. 47 de la CE).

Esta estructura del pertinente orden de valores revela que el fin último de la calidad de vida (cifra del bien común) se concreta primariamente, en un plano más desagregado y preciso, en dos objetivos-valores mayores, en tensión dialéctica entre sí: el desarrollo (crecimiento armónico) del sistema económico y la preservación del sistema natural. La tensión entre ambos obedece a la progresiva conciencia colectiva de dos circunstancias capitales:

- La naturaleza no es inagotable, su economía no es indefinidamente inmune a las manipulaciones humanas y sus equilibrios básicos no son resistentes a las alteraciones provocadas por el hombre.
- La persistencia de los equilibrios básicos del sistema natural no sólo es decisiva para éste, sino que es indispensable también para la vida de la especie humana e, incluso, para su progreso.

El resultado de esta cada vez mayor conciencia colectiva sobre la relación e interacción expresadas es una progresiva atenuación del exacerbado antropocentrismo generado por el racionalismo y la creencia, de él derivada, de un indefinido avance científico y tecnológico en favor de una visión más equilibrada de la relación del hombre con la naturaleza.

Este proceso y su reflejo constitucional se explicitan en la Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional, que —sobre la base del artículo 45 de la norma fundamental— afirma que:

...no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida.

Recuérdese también que la «calidad de vida», que cita el artículo 45, y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente para promoverla, está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo, como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo «el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1). Este desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora. La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar, en la forma en que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico.

En suma, pues, la calidad de vida se desagrega en dos valores, objetivos o principios no jerarquizados entre sí y cuya simultánea realización, en una combinación específica, es condición para la consecución de aquel otro de orden superior. Estos valores o principios más concretos poseen, cada uno, su propia lógica:

- El desarrollo económico-social guarda relación con la mejor disposición y el más oportuno arreglo de los distintos factores y elementos que contribuyen al progreso, la estabilidad y la armonía interna del sistema de creación, innovación, producción y distribución de bienes materiales. Por ello, la política económica es primordialmente espacial y tiende a situarse en la perspectiva y en el ámbito más amplio posible, aun cuando tenga componentes territoriales necesarios y nada desdeñables, ya que el sistema que integra su objeto ha de ser armónico en todas sus dimensiones o aspectos: general, sectorial y territorial, además de condicionar decisivamente la forma de asentamiento territorial de la población y de las actividades lucrativas y, por tanto, la relación del hombre con la naturaleza.

- El medio ambiente, aunque tiene que ver con las políticas sectoriales (introduciendo en ellas la idea de límite y corrección para evitar o paliar efectos no deseables sobre la naturaleza), se refiere básicamente bien a la directa preservación de la integridad de bienes o sistemas (naturales o no), bien —lo que constituye su más alta y genuina manifestación— a la ordenación racional y global de las actividades humanas desde la perspectiva de su repercusión en la naturaleza y, por ende, también y, sobre todo, en y sobre el territorio y los restantes recursos naturales.

Yendo ya a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, a propósito de la Ley de Aguas, el argumento impugnatorio consistente en la infracción por el legislador del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la CE) al optar por la fórmula más perjudicial para el derecho de la propiedad privada consagrado en el artículo 33 de la CE (la demanialización de las aguas terrestres), despreciando otras posibles, más proporcionadas e igualmente idóneas para conseguir los objetivos (no discutidos) de utilización racional y protección adecuada de los recursos hídricos, da pie a dicho Tribunal Constitucional para sentar unos criterios verdaderamente importantes en torno al régimen de apropiación, uso y distribución de los bienes en general y de los recursos naturales en particular, desde una interpretación de las normas constitucionales pertinentes y, entre ellas, el artículo 45.

El punto de partida es la confirmación de la garantía por la Constitución —en su artículo 33— de la propiedad y, por tanto, de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (FJ 7). Aunque no lo señala así el Tribunal, debe entenderse que tal garantía no es sino consecuencia de la asunción, como regla general, de la cualidad de apropiables de los bienes con contenido patrimonial; inevitable consecuencia del principio general de libertad y de libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 17.1) y de sus concretas manifestaciones —en el orden económico-social— en los derechos al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1) y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38).

Inmediatamente precisa el Tribunal, sin embargo, que aquella garantía no es absoluta. La relativización, y sus términos, viene expresamente dispuesta en la Constitución: el artículo 128.1 subordina al interés general toda la riqueza del país en sus distintas formas y el artículo 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales. Estos preceptos justifican claramente determinadas excepciones, modulaciones o restricciones a la eficacia total de la referida garantía.

De esta conclusión deriva con toda naturalidad (y acierto) la Sentencia la congruencia del orden constitucional al regular el dominio público en el artículo 132. La exclusión directa de la apropiación privada de algunos bienes y la habilitación al legislador ordinario para ampliar dicha exclusión a otros, que el precepto dispone, se entiende, así, como determinación de un ámbito al que no alcanza la garantía constitucional de la propiedad privada; determinación, por lo dicho, perfectamente coherente con tal garantía.

Es lógico, por tanto, que la significación institucional del dominio público (sobre la que razona el Tribunal Constitucional al examinar el cuestionamiento de la calificación «estatal» del dominio público hidráulico: FJ 14) se cifre en la idea no tanto de apropiación por los poderes públicos de un bien (situado previamente en el dominio privado), cuando de exclusión de dicho bien del tráfico jurídico privado, conectada a la de protección de tal exclusión mediante un conjunto de reglas exorbitantes de las que son propias del referido tráfico jurídico. La clave del dominio público está, pues, en el concepto de «res extra commercium». Por ello, el dominio público —especialmente en el caso del llamado «natural»— representa una línea divisoria, de alcance general, respecto a la clasificación de los bienes susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. Dicho de otro modo, gracias a él el derecho articula «...una *summa divisio*, que, sin perjuicio de la afectación singular de otros bienes que pueden ser indistintamente objeto de apropiación privada, repercute de manera directa en el régimen jurídico del derecho que reconoce el artículo 33.1 de la Constitución, al que fijan un límite objetivo esencial».

La afectación es la técnica que coloca y mantiene al bien en el dominio público, que puede perseguir diversos fines, pero cuando se refiere a una entera categoría de bienes (opera en el «demanio» natural) está vinculada en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias. Y como ejemplo de éstas, el Tribunal cita justamente las recogidas en el artículo 45 y «la defensa y utilización racional (*sic*) de la riqueza del país en cuanto subordinada al interés general por el artículo 128.1, ambos de la Constitución».

¿A qué tipo de bienes se refiere, pues, el «demanio» natural? Congruentemente con todo su razonamiento, la Sentencia cierra el círculo y afirma que, conforme a una interpretación no sólo sistemática del artículo 132 de la CE, sino unitaria del conjunto del texto constitucional, hay que entender no casual que los bienes directamente demanializados por dicho texto integren categorías o géneros enteros de bienes definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. Se trata, pues, básica-

mente de los recursos naturales a que se refiere la propia Constitución (de nuevo aquí la conexión con el art. 45). Consecuencia lógica es entonces la conclusión que postula la limitación del alcance de la habilitación al legislador ordinario (contenida en el art. 132, en razón al carácter abierto de la enumeración de bienes que hace su número 2) a «...completar esa enumeración». Quiere decirse, pues, que el legislador no es libre a la hora de integrar al dominio público a que se refiere la Constitución.

De lo dicho se sigue con toda naturalidad la reserva a la Ley —que el Tribunal califica expresamente de absoluta— de toda decisión en orden a completar la enumeración constitucional. Se trata, en efecto, de una decisión de importancia, en la medida en que concreta la expresada *summa divisio*, la delimitación del campo en el que opera, como institución garantizada, el derecho de propiedad, por lo que la lógica misma de la división funcional del poder constituido (al menos desde el punto de vista democrático) exige que sea adoptada por el que cuenta con mayor legitimación: el poder legislativo. El fundamento que encuentra en este caso, así, la reserva de Ley, no sólo cuadra a la construcción clásica o tradicional de la misma, sino que encaja perfectamente en los nuevos planteamientos que de la misma se están haciendo en la dogmática y aun en alguna jurisdicción constitucional (concretamente la germano-occidental, que ha elaborado la doctrina de la esencialidad de la decisión).

Esta doctrina jurisprudencial constitucional es capital, en la medida en que supone, en definitiva, la calificación de toda operación de demanialización de géneros enteros de bienes como simple limitación del campo propio de la propiedad privada y, por tanto, del contenido de la garantía institucional de ésta sin perjuicio de las eventuales consecuencias de la concreta operación sobre las situaciones subjetivas consolidadas legítimamente con anterioridad, es decir, en la otra vertiente de la propiedad (consecuencias que no tienen necesariamente que ser expropiatorias).

2.3. Alcance de la garantía de la propiedad privada

La garantía constitucional cubre, pues, únicamente el área integrada por las cosas y los bienes no excluidos del régimen de apropiación y disposición privados. Pero esta determinación no es, por sí sola, suficiente, pues nada dice acerca de cuál sea efectivamente la propiedad privada a la que la Constitución otorga su protección. Ya hemos comprobado que el contenido esencial no facilita un concepto jurídico preciso a este respecto. La imagen de un derecho generalizada en la conciencia social o, incluso, jurídica en un concreto momento histórico no remite, en una sociedad democrática plural, a un resultado seguro, pues en tal sociedad siempre

conviven varias concepciones de un mismo derecho, de suerte que la opción por una de ellas —como la dominante— es de suyo cuestionable.

La garantía institucional de la propiedad no puede ser tampoco, como bien apunta H. RITTSTIEG (op.cit.) la simple media aritmética de todos los derechos imputables a referibles al artículo 33 de la Constitución, si es que ha de proporcionársele perfiles jurídicos medianamente nítidos.

Se hace así necesaria una interpretación constitucional dirigida a depurar el sentido y el alcance del indicado precepto constitucional. Tal como se ha razonado ya en su momento y teniendo en cuenta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, esa interpretación debe partir de la inserción de la garantía de la propiedad privada en el orden constitucional económico primero y en el conjunto del orden sustantivo fundamental después. La propiedad privada es un elemento o pieza del modelo económico-social diseñado por la Constitución que, a su vez, se inscribe y adquiere sentido en el sistema total de valores, bienes y principios materiales proclamado por ésta. La propiedad privada, por tanto, está constitucionalmente vinculada al valor central del personalismo social (la realización de la dignidad de la persona en sociedad a través del libre desarrollo de la personalidad en el marco del orden constitucional), consagrado en el artículo 10.1 de la norma fundamental. La propiedad privada como instituto jurídico encuentra, así, su fundamento en el derecho constitucional a la propiedad, que sólo es legítimamente interpretable, pues, como derecho al acceso de las bases materiales de la vida y del desarrollo personales. Sobre esta construcción se proyecta el orden superior de valores y principios y, concretamente, el Estado social de Derecho, con su doble haz de mandatos: uno de libertad, protección y seguridad (art. 9.3 de la CE) y otro de acción positiva de configuración dirigida a la mayor igualdad (art. 9.2), confluyentes en la justicia como síntesis (expresable en el valor complejo de la calidad de vida a que alude el preámbulo de la norma fundamental).

Por tanto, al Estado y al ordenamiento corresponde no sólo la protección y la tutela de los derechos incluíbles en la garantía, sino necesariamente también (en la medida en que los derechos constitucionales y, entre ellos, el derecho a la propiedad, están vocados a su efectividad para permitir un adecuado desarrollo de todas las personalidades en la sociedad) la creación de las condiciones para que la generalidad de la población tenga acceso a la propiedad y la remoción de los obstáculos que se opongan a tal acceso. Quiere esto decir que la garantía institucional considerada tiene por objeto, en la medida en que las técnicas jurídicas puedan contribuir a ello, asegurar los fundamentos o las bases patrimoniales o materiales de la vida personal en sociedad de todos los ciudadanos; en modo

alguno se circunscribe, pues, a la protección de las posiciones patrimoniales adquiridos por una minoría.

Es claro que la propiedad consagrada en el Código Civil no responde en absoluto a esta visión-opción constitucionales, por lo que se hace estrictamente necesaria y urgente su redefinición, una nueva regulación jurídico-civil del dominio de las cosas (así lo viene exigiendo ya hace tiempo el problema de la inclusión en la propiedad de los derechos jurídico-públicos, sobre todos los derivados de la acción pública prestacional, de contenido patrimonial). Ahora bien, debe tenerse presente que la revisión de la regulación de la propiedad como institución precisa ser acompañada, si se quiere evitar el efecto indeseable y perturbador de la coexistencia de dos conceptos de propiedad, de una adecuada reconstrucción de la tutela de la propiedad en su dimensión subjetiva y concreta, es decir, como conjunto de situaciones o posiciones individuales de contenido patrimonial.

La precisión última de la garantía institucional de la propiedad privada sólo puede venir de la conexión de su regulación específica con el orden constitucional competencial: si en el art. 33 está la sustancia de aquella garantía, no es menos cierto que la indicación de la delimitación del contenido del derecho de propiedad «de acuerdo con las Leyes» remite a la intervención del poder público y, en primer término, del legislador, es decir, al plano competencial del orden constitucional.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido que la decisión del poder público de delimitación supone la precisión de la función social. Y ésta, a su vez, alude a la ponderación de los bienes, valores y principios constitucionalmente protegidos, que se hagan presentes en cada caso. Esto significa que la Constitución no ha «congelado», asumiéndola, ninguna concreta concepción o imagen de la propiedad privada (imagen general y abstracta, cuya existencia, además, se niega, por no ser posible en la actualidad). Más concretamente, significa que la garantía constitucional de la propiedad no implica la superioridad privada (imagen general y abstracta, cuya existencia, además, se niega, por no ser posible en la actualidad); es decir, que la garantía constitucional de la propiedad no implica la superioridad del valor de la libertad de la disposición del titular ínsita en el señorío de la cosa, a la hora de la realización de la ponderación de valores constitucionales conducente a la decisión de delimitación de cada contenido dominical. Los valores a tener en cuenta para la definición de la función social y, por tanto, del contenido del derecho de propiedad sobre un tipo concreto de cosas son sólo aquellos que resulten de la Constitución y su orden, es decir, su peso, rango y eficacia relativos son también únicamente

los que deriven del texto constitucional. La operación de delimitación del contenido de la propiedad será legítima en la medida estricta en que se atenga y responda al expresado orden fundamental, careciendo de relevancia cualquier otro parámetro distinto. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que esa operación puede quedar entregada, en diferente medida, a diversos poderes públicos (entre ellos significativamente el municipal, en el caso de la propiedad del suelo, dado que el urbanismo afecta desde luego al interés local), gracias al carácter relativo de la reserva de Ley conectada a la garantía constitucional.

En la dimensión temporal, lo dicho supone que el legislador no está vinculado tampoco por el «status quo» de los derechos legítimamente adquiridos conforme al ordenamiento vigente en un determinado momento. Afirmar tal vinculación equivaldría a sostener que al legislador no le cabe más que la alternativa entre respetar y conservar los derechos constituidos o proceder a su expropiación bajo las condiciones impuestas por el artículo 33.3 de la norma fundamental. Pero, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la demanialización de géneros enteros de bienes, ello no es así; el legislador está constitucionalmente habilitado para configurar las situaciones jurídicas individualizadas, sin por ello tener que entrar en conflicto con la garantía de la propiedad. La modificación e, incluso, extinción de los derechos concretos existentes (cuestión distinta es la de los términos de tales operaciones) forma parte de los atributos propios del Estado contemporáneo. Justamente por ello fue posible históricamente el surgimiento del Estado constitucional liberal burgués, surgimiento que requirió la supresión de los «iura quaesita» constituidos bajo el antiguo régimen.

De esta suerte, la garantía institucional de la propiedad privada consiste —en su correcta interpretación constitucional y desde la perspectiva de su conexión con el orden competencial que ahora nos ocupa— en proporcionar una específica protección jurídica, sobre:

- a. La confianza de los ciudadanos en la regulación objetiva de la propiedad privada que efectúen las Leyes producidas conforme a la Constitución.
- b. La acción de los ciudadanos, en su propia esfera vital, dirigida a procurarse cosas y bienes cubiertos por la propia garantía.

Son evidentes las posibilidades que esta inteligencia de la garantía institucional abre para la configuración del orden social en el curso, permanentemente renovado, del desarrollo constitucional. En el problemático campo de la propiedad inmobiliaria o del suelo, permite, por ejemplo, que, cuando se produzca —como consecuencia de la evolución del propio sis-

tema económico-social— una disociación clara entre el uso real o efectivo del bien y el simple señorío sobre éste, que el Estado no sólo quede legitimado, sino que quede obligado para crear o, en su caso, potenciar los derechos de los usuarios en detrimento de los sólo nominalmente titulares. Pues si el ámbito propio de la garantía es el del aseguramiento de los elementos materiales necesarios al libre desarrollo de la personalidad, estos últimos ya no serían propiamente, en sentido constitucional estricto, propietarios. Aquí se evidencia que el entronque de la garantía, a través del derecho constitucional al que sirve, con la doctrina de los derechos humanos, posibilita la recuperación de las componentes radicales de esta última.

IV. LA VERTIENTE SUBJETIVA DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

1. La propiedad sobre los bienes de uso personal

Como ya nos consta, la garantía de la propiedad privada cubre primariamente la disposición sobre este tipo de bienes. Por esta razón, procede efectuar sobre el mismo algunas consideraciones, aun cuando no constituya el objeto central de nuestra atención (que es más bien la propiedad inmobiliaria, a la que inmediatamente nos referiremos).

Conviene destacar que el tránsito a la sociedad industrial e, incluso, a la sociedad industrial avanzada y postindustrial, ha comportado un cambio radical tanto en los objetos o las cosas apropiadas y utilizadas personalmente como en la relación real y jurídica de dichos bienes. Estos se caracterizan, actualmente, como ha puesto de relieve H. RITTSTIEG (*Eigentum als Verfassungsproblem*. Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976), por su identidad, serialización (generalización) y no durabilidad. A estas características se añade, en el caso de los más importantes de uso personal, la de una alta tecnicidad, que les hace manipulables sólo de forma limitada. Toda perturbación de la funcionalidad del objeto requiere la intervención (experta) de un tercero (el técnico), al que incluso puede estarle reservado el mantenimiento regular.

De esta suerte, hoy lo jurídicamente propio es, al mismo tiempo, lo en parte no despreciable ajeno (por encontrarse, incluso, preprogramado en su función por el fabricante), que en período breve de tiempo precisa incluso ser desechado y sustituido. Sólo cuando el objeto pierde anticipadamente su funcionalidad o padece perturbaciones graves en la misma, también anticipadamente, haciéndose precisa una importante reparación, si no la reposición, adquiere relevancia esta específica conformación de la propiedad del objeto.

Estas profundas transformaciones nada dicen sobre la subsistencia de la importancia de la propiedad personal, cuya permanencia y generalidad culturales acredita que responde a profundas necesidades del comportamiento humano. Lo que sí ha tenido lugar es una considerable reducción de su relevancia, al menos en los términos de la propiedad tradicional. En efecto, si en la sociedad preindustrial los instrumentos de trabajo suponían el principal componente de la propiedad personal, hoy la mayoría de las personas laboralmente activas carecen de toda disposición sobre tales instrumentos, poseyéndolos sólo a título de usuarios. La asignación en uso de dichos instrumentos sustituye hoy, como regla general, a la relación de propiedad.

Esto significa que el régimen jurídico-civil del patrimonio de uso personal supone actualmente una sobrerregulación de los correspondientes fenómenos sociales. La facultad dominical esencial según dicho régimen —la libre disposición sobre la cosa según la voluntad del titular— poco tiene que ver con la función que cumple el patrimonio personal. En éste lo decisivo es la justificación de la posesión y la protección frente a terceros de su uso y disfrute conforme a la propia naturaleza y funcionalidad de los correspondientes bienes. Donde la libertad de disposición (en conexión con la defensa frente a terceros) cobra significación es en el ámbito de la propiedad actuante en la vida y en el proceso económicos, pues es ella la que habilita al titular para decidir libremente a quién y bajo qué condiciones autoriza el acceso al uso y el disfrute de las cosas o los bienes. Y esa libertad de disposición, que encuentra su fundamento en la teoría económica «smithiana» del mercado, se concreta jurídicamente con la entrada en juego de instituciones jurídicas relacionadas con la propiedad, tales como la libertad contractual (contratos de trabajo y de arrendamiento, a través de los cuales se transfiere el señorío inmediato sobre las cosas a no propietarios). Fácilmente se comprende, pues, la incorrección —en cuanto fuente de confusión— de la utilización de la imagen de la propiedad como institución ligada al desarrollo de la personalidad a la hora de la discusión sobre el contenido y el alcance constitucionales de la garantía de la institución dominical. A través de la abstracción propia de aquella imagen (del concepto liberal de la propiedad) y de la posibilidad de su generalización a todos los ciudadanos, se encubre, en realidad, una enorme heterogeneidad de supuestos, merecedores de tratamiento diferenciado.

La significación real de la garantía constitucional para la propiedad de índole personal de que venimos tratando es, en verdad, reducida, pues dicha garantía sólo puede resultar afectada, en definitiva, por una acción ablatoria del poder público. Este supuesto se resuelve en la entrada en

juego de la institución expropiatoria con sus garantías constitucionales específicas.

2. La propiedad de la vivienda

La vivienda constituye una necesidad individual y social de primera magnitud. Por ello mismo la Constitución la considera bajo la doble perspectiva de derecho subjetivo constitucional imperfecto (precisado de concreción constitutiva por el legislador ordinario) y de objetivo y, por tanto, mandato de actuación positiva para su consecución, dirigido a los poderes públicos. Este tratamiento constitucional se ultima, además, con:

- La atribución de aquel derecho a todos los ciudadanos, lo que significa que el correlativo deber de acción del poder público, tiene a éstos como destinatarios. Quiere decirse, pues, que los poderes públicos están constitucionalmente obligados a crear las condiciones y remover los obstáculos que se opongan a la efectividad del acceso y del disfrute de una vivienda por la generalidad de los ciudadanos.
- La calificación de la vivienda a la que se tiene (imperfectamente) derecho como digna y adecuada. Esta calificación remite justamente a la conexión de este derecho ciudadano-deber del poder público con la realización del valor superior constitucional de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad en sociedad (art. 10.1), tanto más cuanto que la vivienda —una vez alcanzada— representa el domicilio, que sirve a la realización del valor de la intimidad personal y familiar y es, por ello mismo, inviolable (art. 18). Pero también a su simultánea vinculación con la racional utilización del suelo (en todo caso, conforme al interés general) y con el medio ambiente adecuado (arts. 45 y 47).

Siendo la vivienda prácticamente el presupuesto para el despliegue de la propia vida y, por tanto, la constitución de un patrimonio personal que suministre la plataforma material precisa para el desarrollo de la personalidad, de un lado, y estando sociológicamente difundida la identificación de propiedad y vivienda, la organización social y, consecuentemente, jurídica de la asignación y distribución de la vivienda es una cuestión absolutamente capital. El ordenamiento jurídico-civil no aborda, en realidad, la resolución del problema y se limita a fijar el sistema regulador de la propiedad ya establecida, es decir, a proteger y asegurar los derechos constituidos sobre viviendas, así como el tráfico jurídico de los mismos.

De otro lado, y todavía desde la misma perspectiva jurídico-civil, la facultad de libre disposición que ésta coloca en primer plano puede califi-

carse en este campo de teórica, toda vez que el disfrute y el aprovechamiento de viviendas contrario o disconforme con las propias características de los bienes es socialmente atípica. Consecuentemente, dicha facultad carece, como apunta certeramente H. RITTSTIEG (op. cit.), de toda relevancia para el contenido normativo de este tipo específico de propiedad.

Tampoco atiende suficientemente la regulación jurídico-civil todos los intereses privados (del titular y, más específicamente, del usuario) que se hacen presentes en la vivienda, pues está manifiestamente desfasada respecto de las condiciones propias de la sociedad industrial fuertemente urbanizada, en la que la distribución y continua reasignación del espacio apto para uso residencial ofrece perfiles nuevos y específicos. En primer término, el uso privado y exclusivo de la superficie de suelo residencial en beneficio de los meros o nudos titulares de la misma entra hoy en contradicción, cada vez con mayor intensidad, con los derechos e intereses de los no titulares, al menos cuando se llega a alcanzar un cierto grado límite en el desconocimiento o la desatención de éstos. Pero, además, el propio tratamiento legal de la titularidad de la vivienda —que hunde sus raíces en un mundo social estático en trance de desaparición, si no ha desaparecido ya— dificulta la movilidad y el modo de vida actuales, en la medida en que hace de la disposición sobre la vivienda una decisión patrimonial compleja y trascendente. Se hace presente aquí la necesidad de un nuevo sistema de organización social de la asignación del espacio residencial.

Esta necesidad de cambio se manifiesta igualmente en el plano de la función patrimonial de la vivienda para su propio titular, pues aquí opera el régimen jurídico actual en idéntica forma disfuncional (tanto para el propietario individualmente considerado como para la colectividad). En efecto, la propiedad sobre la vivienda se sigue aplicando e interpretando, desde la perspectiva de la incidencia de la acción pública sobre la misma, básicamente bajo el prisma de su valor patrimonial; valor que viene dado, económicamente, por la escasez y la utilización privada del suelo residencial y, jurídicamente, por las facultades de enajenación, gravamen y arrendamiento de dicho suelo. De esta suerte, toda operación o medida pública que sacrifique o lesione la vivienda da lugar a la correspondiente indemnización del propietario, pero no necesariamente y, en todo caso, no en idéntica medida al titular de derecho habilitante del uso de la vivienda. Es evidente que la lógica de la sociedad actual demanda una nueva articulación de los intereses de los meros titulares dominicales de la vivienda (que retienen simplemente la libertad de disposición sobre ésta) y los usuarios reales de la misma por cualquier título. Y esta nueva articulación parece que debe producirse en el sentido de la progresiva dife-

renciación de nuevos tipos de «propiedad» sobre la vivienda, mediante su independización del tipo abstracto tradicional actual.

3. La propiedad del suelo e inmobiliaria en general

La propiedad inmobiliaria se caracteriza, en general, por no estar necesariamente vinculada al uso personal del bien sobre el que recae. De ahí que suponga un señorío, no sólo sobre los bienes, sino también sobre las personas: las que precisan un título constituido por el propietario para usar y disfrutar el bien, pero incluso la misma colectividad que depende del uso y la utilización de determinados inmuebles claves en la configuración urbana. Este señorío se corresponde obviamente con la libertad de disposición de que goza el propietario según el concepto clásico jurídico-civil del dominio; libertad de disposición que, al estar referida básicamente a la voluntad del titular del derecho, desliga a éste por principio de cualquier responsabilidad respecto a las personas afectadas por la misma y, desde luego, al bienestar general. Conforme a la lógica de origen del concepto liberal de la propiedad, estas necesidades de terceros y de la colectividad se deben satisfacer a través del mercado.

Aquí radica precisamente la justificación de la intervención pública que, partiendo de habilitaciones parciales y fragmentarias, ha llegado en la actualidad a tener una cobertura y un alcance generales en el urbanismo y en la ordenación territorial. Ni siquiera en la época de liberalismo máximo llegó a sostenerse que, en este ámbito, la mano invisible eficazmente reguladora del mercado podía llegar a cumplir, con éxito, su función de producir el óptimo social. No son, pues, cuestionables las conquistas alcanzadas por el ordenamiento urbanístico y que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha ratificado con rotundidad, según hemos tenido ocasión de ver. Desde el criterio de la función social, el poder público competente delimita —sin otros parámetros que los valores protegidos por el orden constitucional y, por tanto, ponderando adecuadamente todos los intereses en presencia (los públicos y los de los propietarios)— el contenido del derecho de propiedad y debe respetar las situaciones creadas y consolidadas conforme a la delimitación en cada momento vigente. Estas pueden ser objeto de modificación y reconsideración, pero con el límite —en su caso— de la necesidad de la aplicación del instituto expropiatorio o, en su caso, de la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, a pesar de su progreso, el urbanismo sigue tropezando con el hecho de que el valor derivado de la específica naturaleza del bien suelo y de la escasez del mismo continúa atribuyéndose o imputándose a los propietarios privados del mismo. La mera titularidad legítima de apropiación de la renta del suelo y los incrementos de valor experimentados

por este último no guardan, ni remotamente, relación con los que se producen en inversiones productivas. Consecuentemente, en el valor patrimonial (renta capitalizada) radica hoy el verdadero núcleo de la propiedad inmobiliaria. Y éste encuentra su fundamento en el señorío sobre las necesidades de terceros no titulares o propietarios, en tanto que aquel valor realiza anticipadamente y de una vez las «cantidades debidas» (en función de la propiedad privada) por dichos terceros al titular del bien.

Es bien cierto que los poderes públicos tienen a mano un instrumento que parece adecuado para corregir esta disfunción: la expropiación, bajo diversas formas y condiciones. Pero no lo es menos que, en principio, el propietario conserva el valor patrimonial, si bien transformado en indemnización o justiprecio (las «cantidades debidas» se satisfacen en este caso por el contribuyente, es decir, por la entera colectividad). Esta circunstancia pone de relieve la diferencia entre propiedad de inmueble en uso personal y nuda propiedad de inmueble (por disociación del aprovechamiento y uso de éste, entregado a terceros) y, además, la conversión —en la diferenciada y compleja sociedad actual de mercado, con graves problemas de limitación de suelo susceptible de aprovechamientos típicamente urbanos— de esa nuda propiedad en verdadero privilegio de la minoría de poseedores de bienes, en detrimento de la mayoría de la población. Ocurre, sin embargo, que ese privilegio es de difícil identificación social, por cuanto —al comprender también los supuestos de propiedad de bienes en uso propio— queda encubierto. En cualquier caso, presta justificación desde luego al intento de recuperación para la colectividad de los incrementos «no ganados» de valor, como el que pretende la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, por más que quepa ser escéptico respecto a las posibilidades reales del éxito de medidas de este tipo.

Porque el sistema que permite la apropiación de la renta y los incrementos de valor del suelo representa un problema no sólo de justicia distributiva sino de racional y adecuada ordenación territorial y urbanística. El concepto tradicional de la propiedad, en unión a los restantes mecanismos jurídico-civiles conexos con la misma, convierten el suelo en una mercancía más del mercado. Pero es evidente que la teoría de la óptima distribución de los recursos por el mercado no es aplicable al suelo, puesto que la solución que proporciona máximo beneficio sólo muy excepcionalmente puede llegar a coincidir con la más adecuada desde el punto de vista de los intereses generales, de la racional utilización del suelo. Consecuentemente, el mercado de suelo dificulta la tarea de ordenación territorial y urbanística. La bondad de ésta requiere la aplicación de una considerable parte de los recursos económicos públicos para la «compra» a propietarios privados de valores patrimoniales contrarios al

interés general. Obviamente, lo excesivo de semejante esfuerzo, sobre todo cuando deba ser generalizado y continuado, acaba determinando que el aprovechamiento lucrativo del propietario se imponga al aprovechamiento racional conforme con el interés general.

Constituye una ingenuidad confiar la corrección e, incluso, superación de esta insatisfactoria situación de afinamiento y la potenciación de los mecanismos ya conocidos y ensayados (incluido el «perfeccionamiento» del régimen urbanístico del derecho de propiedad desde la perspectiva de su función social). La llamada, a menudo incorrectamente, especulación del suelo es siempre también una especulación que opera dentro de, con y sobre futuras medidas públicas y de planeamiento (mediante la anticipación de las ventajas relativas que de tales medidas puedan derivarse). Mas aún, el propio planeamiento resulta influido por los hechos preconstituidos por la acción de los propietarios y el «mercado».

De ahí que se imponga más bien una reflexión sobre nuevas vías que permitan salir del expresado círculo vicioso. Sin perjuicio de la procedencia de la exploración de las perspectivas que ofrece la vía fiscal, parece claro que el esfuerzo principal ha de hacerse en la redefinición, conforme al orden constitucional, de la propiedad inmobiliaria.

El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela*

JOSÉ PEÑA SOLÍS **

I. PREMISA INTRODUCTORIA

DEBEMOS EMPEZAR señalando que antes y después de la vigencia de la Constitución de 1999, no existía ni todavía existe en el país ningún desarrollo doctrinario de carácter general sobre los entes públicos, ni tampoco jurisprudencial. En cambio, sí han sido publicadas pocas (dos o tres) pero muy buenas monografías, sobre las modalidades de personificación más importantes de las personas jurídicas públicas, esto es, los institutos autónomos y las empresas públicas. Si bien, ese poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial pudo tener su justificación en la casi inexistencia de previsiones normativas constitucionales en la materia, al punto que en el texto de 1961 apenas aparecían regulados los institutos autónomos en un solo artículo (230) de manera casi telegráfica, sin que durante la vigencia de la misma, pese a los múltiples proyectos presentados al Parlamento, lograrse ser sancionada la tan necesaria Ley Orgánica de la Administración Descentralizada. De modo, pues, que la disciplina de los institutos autónomos era delineada en cada una de las leyes de creación, complementándose con disposiciones generales, de carácter puntual, aplicables a toda esta categoría de entes públicos, tales como las contenidas en las leyes orgánicas de crédito público, de salvaguarda del patrimonio público, de contraloría general de la república y de régimen presupuestario, entre las más importantes.

* Este trabajo forma parte del primer capítulo del segundo volumen del *Manual de Derecho Administrativo*, actualmente en preparación para ser publicado en el curso del presente año.

** Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular. Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Emérito.

Por otra parte, tampoco han recibido desarrollos doctrinarios, en su carácter de entes públicos no territoriales, modalidades específicas de éstos, que ya estaban contempladas en el artículo 19 del Código Civil (norma sobre la plurisubjetividad) de 1942, reformado en 1982, tales como las universidades y las iglesias, así como tampoco otras personificaciones a los cuales doctrinaria y jurisprudencialmente se les ha reconocido su carácter de ente público, entre los cuales cabe mencionar a los colegios profesionales y a las academias científicas.

Pero la situación cambia radicalmente desde el punto de vista normativo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en virtud de que en el texto de la misma se alude directa o indirectamente bajo veintitrés distintas denominaciones, en más de cuarenta artículos, a la noción de *ente público*, lo que razonablemente permite suponer que los escenarios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales también se modificarán, debido a que se impone buscarle un hilo conductor a ese confuso panorama de las personas jurídicas públicas dibujadas por el texto constitucional, producto del uso indiscriminado, y sin orden lógico ni conceptual, de locuciones referidas a la idea de persona jurídica de derecho público o de ente público.

Por lo pronto, con las reservas de caso, dadas las dificultades antes señaladas, trataremos de elaborar unos lineamientos generales sobre los entes públicos, tomando como bases la Constitución, las previsiones puntuales de rango legal y el poco desarrollo teórico que existía hasta que cesó en su vigencia la Constitución de 1961. Por lo tanto, debe entenderse que las mismas tendrán un carácter preliminar.

2. EL PLANTEAMIENTO HISTÓRICO

Hay que comenzar señalando que pese a la indicada inexistencia de una disciplina legislativa general sobre los entes públicos, y al poquísimo desarrollo doctrinario acerca de específicas modalidades de los mismos, resulta paradójico que las primeras expresiones normativas venezolanas versaran sobre el concepto general de las personas jurídicas de derecho público. En efecto, ya en el Código Civil de 1862, en tres de sus artículos, aparecía la expresión *establecimiento público*, con la connotación de personificación, pero a diferencia de Francia, de naturaleza privada y no pública. Debe tenerse presente al examinar esta coyuntura histórica legislativa, que el concepto de establecimiento público, había sido acuñado en el mencionado país apenas diez años antes. En tal sentido afirma CABALLERO ORTIZ (1984) que el motivo de esa recepción tan rápida del término, que no de la concepción originaria, tal vez haya tenido su ori-

gen en la tendencia que privaba en esos tiempos en Venezuela, de copiar legislación extranjera, especialmente proveniente de los países europeos.

Sin embargo debe reconocerse que el hecho histórico legislativo relatado anteriormente no tuvo ninguna relevancia en el tratamiento o regulación de los entes públicos en Venezuela, ni legislativa, ni doctrinaria ni jurisprudencialmente, en virtud de que no es sino hasta el año 1928, cuando por primera vez se crean por medio de sendas leyes especiales el Banco Obrero y el Banco Agrícola y Pecuario, bajo la forma de *institutos autónomos*, sobre la base, sostiene el mismo autor antes citado, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que había sido reformada ese mismo año, pero con posterioridad a la sanción de las mencionadas leyes, para que la nueva personificación jurídica encontrara su sustento legal.

Puede decirse que a partir de esa fecha se sigue una línea continua en la creación de institutos autónomos, concebidos como una forma de descentralización funcional, para atender fundamentalmente los sectores de los servicios públicos, industrial y crediticios, entre otros. En esta línea argumental es posible erigir en una variable a los fines del examen de la situación durante el período que va desde 1928 a 1961, año en que se sanciona la Constitución derogada, a la competencia para crear a esos institutos autónomos. En efecto, como se sabe en un principio dicha competencia estaba atribuida al Parlamento, en razón de que los dos primeros fueron creados mediante ley, pero posteriormente por vía indirecta pasa en la práctica al Ejecutivo Nacional, lo que le permitía crearlos mediante reglamentos, y en los tiempos inmediatos a las interrupciones de la normalidad constitucional, mediante decretos derivados de las Actas de asunción del Poder (1945, 1948). A partir de 1961 la Constitución consagra de manera categórica que la creación de institutos autónomos es materia de estricta reserva legal.

De otra parte, debe advertirse que al lado de los institutos autónomos que pueden considerarse como la expresión más emblemática de los entes públicos venezolanos hasta el año 1999, era posible encontrar referencias puntuales, e inclusive discutibles, a figuras que en otros ordenamientos se conocen como entes públicos, con forma de sociedades anónimas. Algunos de ellos revestían ese carácter porque las propias leyes de creación así lo expresaban claramente, como el Banco Central de Venezuela, hasta la sanción de la Ley de 1992, y otros cuya naturaleza pública se derivaba exclusivamente del hecho de haber sido creados mediante ley, tales como el Banco Industrial de Venezuela, y el extinto Banco de Desarrollo Agropecuario.

Al lado de las anteriores, estaban consagradas legislativamente otras modalidades de entes públicos, como las universidades nacionales y las iglesias, calificadas como tales por el artículo 19 del Código Civil de 1942, reformado parcialmente en 1982; los colegios profesionales, en cuyas propias leyes de creación eran y son definidos como tales, los institutos de previsión social, también creados por ley, pero que ante el silencio de la misma, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia también como entes públicos, y finalmente las academias científicas. Es precisamente el examen de esa multiplicidad de modalidades de entes públicos, que de paso encuentran sustento en el derecho preconstitucional, de las nuevas previsiones contenidas en la Constitución de 1999, de las leyes que eventualmente puedan haber sido sancionadas a los fines de su desarrollo, el escaso marco doctrinario y jurisprudencial nacional, y por supuesto el correspondiente marco conceptual, lo que nos permitirá formular los lineamientos generales sobre los entes públicos en Venezuela, por supuesto, con un carácter preliminar, pues insistimos en que será la dinámica de la aplicación constitucional, por vía normativa, doctrinaria y jurisprudencial, la que permitirá darle al tema un tratamiento que tienda hacia la suficiencia.

3. HACIA LA BÚSQUEDA DE LA EXPRESIÓN QUE ENGLOBE A TODAS LAS MODALIDADES O FIGURAS QUE PUEDEN ADOPTAR LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO (GENÉRICA)

En principio hay que señalar que la tendencia en el Derecho Comparado apunta a que esa expresión globalizadora sea *ente público*, porque el sustantivo abarca a cualquier figura subjetiva prevista en la norma reguladora del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento General (Estado), y el adjetivo denota la idea de la tutela de intereses públicos, o del interés general, de tal manera que desde el punto de vista de la Teoría de la Organización, la referida expresión tiene tal amplitud conceptual, que permite que en la misma quepan todas y cada una de las figuras que el derecho positivo ha personificado bajo distintas denominaciones en el ámbito del Derecho Público, desde la clásica persona jurídica territorial hasta la empresa mercantil de naturaleza pública.

Pero el hecho incontestable de que en el Derecho Comparado esa expresión genérica sea la de *ente público*, no significa que deba ser adoptada sin más por todos los ordenamientos jurídicos, pues es bien sabido que al fin y al cabo, lo que tiene primacía en un Estado es su derecho positivo, por sobre cualquier derecho, jurisprudencia o doctrina extranjeros, por muy reputados que sean éstos. Al respecto debemos recordar que en el año 1995, cuando abordamos este tema en nuestro libro Lineamientos

de Derecho Administrativo, llegamos a la conclusión, a la luz del estudio de la Constitución de 1961, que la expresión debía ser «persona jurídica de derecho público». Por lo tanto, ante la nueva situación derivada de la vigencia de la Constitución de 1999 se impone la búsqueda de esa expresión genérica y así poder determinar si en Venezuela coincidimos o diferimos de la aludida tendencia presente en el Derecho Comparado.

3.1. La regulación en la Constitución de 1999

El examen del texto constitucional revela una total falta de sistematización y uniformidad en el tratamiento del asunto, tanto en lo que concierne a la denominación de ese componente del elemento plurisubjetivo del Estado, como en lo relativo a su noción conceptual. Esto es tan cierto que utiliza veintitrés denominaciones distintas, en cuarenta y tres dispositivos diversos para referirse a las personas jurídicas de derecho público, de manera expresa o implícita, directa o indirecta, tal como se demuestra a continuación: 1) *ente público* (266, num 4); 2) *ente penitenciario* (272); 3) «*ente rector*» (292); 4) «*ente creado para el manejo de la industria petrolera*» (303); 5) *Entes políticos territoriales* (art 180); 6) *Entes públicos territoriales* (170); 7) *entidades* (art 111, 142, 125, 150, 159, 164, 2; 167, 4; 169; 172; 173; 185; 187, 9; 226, 4; 287; 289, 3; 289, 5; 293, 6; 300); 8) *empresas del Estado* (189, 1, 3); 9) *empresas públicas* (184, 4); 10) *empresas nacionales públicas y privadas* (301); 11) *empresas comunales* (183, 5); 12) *institutos autónomos* (art. 142, 189, 1, 3,); 13) *organismo público* (319); 14) *órganos públicos* (281, 10); 15) *persona jurídica de derecho público* (318, 322); 16) *personas jurídicas estatales* (180, 190); 17) *personalidad jurídica «plena»* (159); 18) *personalidad jurídica* (168); 19) *personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales* (145); 20) *personas jurídicas del sector público* (289, 3); 21) *órganos, entidades y personas jurídicas del sector público* (289, 5); 22) *entidades del sector público* (67); 23) *sector público* (97, 111, 67, 96).

3.2. La regulación en normas de rango legal

También las leyes, casi todas preconstitucionales, y sólo una postconstitucional, se refieren en forma asistemática a las figuras bajo estudio. A continuación aludiremos en forma resumida los esquemas normativos de los principales textos legislativos, a saber: Código Civil de 1942, reformado en 1982, el cual en su artículo 19, define como *personas jurídicas de derecho público* a la nación, y a las entidades que la componen, las iglesias y las universidades; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 4, párrafo único), la Ley Orgánica de Salva-

guarda del Patrimonio Público (art. 4, ordinal 3º), la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (art. 59), Código Civil (art. 538, 1000 y 1482,4) y el Código de Procedimiento Civil (art. 268 y 287), consagran la figura del *establecimiento público*; la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público del año 2000 (art. 6, numeral 7), además de referirse a los entes públicos territoriales y a los institutos autónomos consagra por primera vez a la categoría *las personas jurídicas de estatales de derecho público*, las distintas leyes de colegiación profesional que se mantienen en vigencia, conforme a la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Constitución, hasta tanto se sancione la legislación contemplada en el artículo 105 ejusdem, todas las cuales configuran a los respectivos colegios profesionales como *personas jurídicas derecho público*; al igual que las distintas leyes que regulan a las Academias (Historia, Ciencias Políticas y Sociales, Lengua, etc), que les confieren a estas instituciones carácter de *personas jurídicas de derecho público*. Esta misma expresión (*personas jurídicas de derecho público*) aparece en las Leyes Orgánicas de Régimen Presupuestario (art. 1 num 3), de Salvaguarda del Patrimonio Público (art. 4, ord 3º), y en la de la Contraloría General de la República (art. 5, num 3).

De modo, pues, que en los textos legislativos preconstitucionales la expresión más utilizada era y es la de *persona jurídica de derecho público*, lo que por los demás resultaba congruente con la disposición contenida en el artículo 124 de la Constitución derogada, la cual prescribía: «Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y demás *personas jurídicas de derecho público* podrá celebrar contrato alguno con ellos...», y dada la ubicación del dispositivo normativo transcrito, en el texto constitucional, así como su «ratio» era dable pensar que en el mismo estaba contenida la expresión rectora del ordenamiento jurídico venezolano en materia de entes públicos, en virtud de que la expresión *persona jurídica de derecho público* era utilizada por el constituyente para referirse al *género*, en el que cabían personas jurídicas territoriales (la República, los Estados y los Municipios), y todas las otras no territoriales, pues así se desprendía de la expresión y *demás*, que seguía después que se enumeraba a los entes públicos territoriales (República, Estados y Municipios) ya que incluía, lógicamente, tanto a dichas *personas jurídicas de derecho público territoriales*, como a las restantes presentes en el ordenamiento jurídico venezolano, en las cuales el elemento territorial no se erigía en la base de su existencia.

Sin embargo, esa tesis interpretativa requirió que se le hiciese una corrección, o mejor dicho una adaptación al contexto en el cual aparecían mencionadas las *personas jurídicas de derecho público*, en virtud de que la *prohibición de contratación* con las mismas sólo podía estar referida a

aquellas personas jurídicas «encuadradas en la estructura organizativa del Estado», mas no a las que estaban fuera de dicha estructura, verbigracia los colegios profesionales y las academias científicas. Por consiguiente, la expresión *personas jurídicas de derecho público*, tal como aparecía mencionada en el artículo 124 de la Constitución de 1961, pese a referirse al género de los entes públicos, y diríamos que a la inmensa mayoría de ellos, excluía a los que no se insertaban en la estructura organizativa del Estado, razón por la cual si bien era la más genérica, no lo era totalmente.

4. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXPRESIÓN MÁS GENÉRICA SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO (ENTES PÚBLICOS)

4.1. Hacia una agrupación nominal de las expresiones utilizadas en la Constitución de 1999

En primer lugar, por razones meramente didácticas, consideramos necesario a los fines de enhebrar lo que podía denominarse el desarticulado discurso constitucional sobre las *personas jurídicas de derecho público*, tratar de agrupar las aludidas veintitrés denominaciones. En ese orden de ideas cabe observar que el grupo más grande es el que se corresponde con ENTE PÚBLICO-ENTIDAD PÚBLICA, que incluye ente público, ente rector, ente penitenciario, ente creado para el manejo de la industria petrolera, ente político territorial, ente público territorial, y entidades públicas. El segundo se corresponde con la denominación PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO, que incluye persona jurídica de derecho público, persona jurídica estatal, persona jurídica plena, personas jurídicas de derecho público y persona jurídica de derecho privado estatales, persona jurídica del sector público, institutos autónomos; el tercer grupo se corresponde con la denominación EMPRESAS DEL ESTADO-EMPRESAS PÚBLICAS, que incluye empresas del Estado, empresas públicas, empresas nacionales públicas y privadas, empresas comunales; y finalmente el cuarto grupo que se corresponde con la denominación ÓRGANO-ORGANISMO PÚBLICO, que incluye organismo público, órgano público y órgano del sector público.

4.1.1. El posible criterio unificador del primer grupo (ente público-entidad pública)

Es necesario destacar que a diferencia de la situación que se presentaba hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, caracterizada porque la expresión ENTE PÚBLICO, tenía en el ordenamiento jurídico un carácter exclusivamente doctrinario, y en menor medida jurisprudencial, pues estaba ausente totalmente en la Constitución de 1961 y en el resto de las leyes vigentes hasta 1999. Conviene hacer notar que esa ausencia

se extiende hasta la presente fecha, pese a su frecuencia en el texto constitucional, ello quizás se deba al poco desarrollo legislativo que han tenido hasta ahora los preceptos de la Carta Magna, pero no cabe duda que de alguna manera los legisladores primarios o secundarios se verán forzados a utilizarlo.

Ahora bien, tal como ha sido expuesto por la doctrina extranjera la expresión «ente público» es la que mejor refleja en Teoría de la Organización el componente del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento General (Estado), que se corresponde con las denominadas figuras subjetivas públicas por la doctrina italiana, en el marco de la teoría de los ordenamientos jurídicos, pues alude a cualquier entidad subjetiva, distinta al hombre, la cual es reconocida como tal en el ordenamiento jurídico. Sin dudas que esa misma definición es válida para la otra denominación clásica, esto es, la «persona jurídica de derecho público», e inclusive para la de «establecimiento público», y menos válida para empresa pública, instituto autónomo u organismo público, que parecieran más bien, como lo precisaremos más adelante, modalidades o especificaciones nominales, de cualesquiera de las tres antes mencionadas, es decir, especies de las que pretenden ser genéricas.

Por tanto, si ente público y personas públicas de derecho público, además de ser denominaciones clásicas, desde el punto de vista doctrinario, encuentran consagración en la Constitución, lo que corresponde a la luz de ese texto, es ver cuál de las dos es más genérica, o dicho de otra manera, de mayor amplitud conceptual, de modo que pueda devenir en un criterio de corte operacional que ayude en la comprensión de la institución de los entes públicos en Venezuela, la cual como también ocurre en otros ordenamientos está caracterizada por su atipicidad. En ese orden de ideas es preciso afirmar que pueden obedecer a la connotación de ente público, que incluye tanto a los entes territoriales como no territoriales, las siguientes expresiones constitucionales: a) Lógicamente, en primer lugar la propia denominación *ente público*, contemplada en el artículo 266, num 4, en virtud de que claramente se refiere a la República, los Municipios y los Estados (entes territoriales), así como a cualquier otro ente público, que por exclusión debe considerarse como no territorial, b) *ente penitenciario* (art 272), pues la redacción que lo contiene («El Estado propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo»), conduce a postular que pretende referirse a un ente no territorial, es decir, descentralizado funcionalmente, que bien podría ser un instituto autónomo. Precisamente la utilización de este último adjetivo es lo que permite pensar que debe tener carácter público, pues sin el mismo podría perfectamente ser no público (estatal), aunque lo crease el Estado, c) *ente*

creado para el manejo de la industria del petróleo (art. 303), tal como aparece en el esquema constitucional no es posible concluir inequívocamente que dicho ente deba tener carácter público, además la práctica y la experiencia organizativa en relación con esa materia pareciera indicar que se trata de un ente privado; d) *entes políticos territoriales* (art. 180) y *entes públicos territoriales* (art. 170), aluden a los entes territoriales previstos en la Constitución, razón por la cual no cabe duda que tienen carácter público. En cambio no reviste el significado de persona jurídica la expresión *ente rector* (292), porque su utilización revela una impropiedad conceptual, en virtud de que la Constitución en realidad lo que pretende es erigir al Consejo Nacional Electoral en el *órgano rector* del Poder Electoral, existiendo una significativa diferencia entre órgano y ente, como lo veremos más adelante; e) *entidades públicas*, la expresión es idéntica a la de ente público, únicamente que es utilizada recurriendo al género femenino, no obstante, debe observarse que está presente en dieciocho artículos diferentes de la Constitución; por lo tanto, es dable pensar que en algunas oportunidades pueda en el contexto constitucional distanciarse de la connotación antes expuesta; de allí que en forma sucinta expresemos en cada caso el significado que, en nuestro criterio, reviste. Así el artículo 111 constitucional habla de *entidades deportivas del sector público*, las cuales son contrapuestas en el dispositivo constitucional a las del sector privado, lo que revela que deben detentar carácter público, pero en estricta pureza, como lo veremos al examinar el concepto de *sector público*, podrían también llegar a revestir carácter privado.

El artículo 142 contempla a las *entidades de cualquier naturaleza* que tutelén interés públicos, a los fines de someterlas a control por parte del Estado, razón por la cual no son inexcusablemente públicas, pudiendo tener en consecuencia carácter privado; los artículos 125, 159, 167, num. 4, y 172, aluden a *entidades federales*, por tanto, al ser entes territoriales, deben considerarse de carácter público; los artículos 150, 187, num. 9, se refieren a las *entidades oficiales extranjeras*, razón por la cual el carácter oficial de las mismas conduce a reputarlas como públicas; los artículos 164, num. 2, 169 y 173 aluden a *entidades locales municipales* (territoriales), por lo que tienen carácter público; el artículo 185 alude a *entidades públicas territoriales*, es decir, a todo tipo de ente público territorial, por lo que sin dudas revisten carácter público; el artículo 287 regula las *entidades* sujetas al control de la Contraloría General de la República, por tanto, pueden tener carácter público o privado; el artículo 289, en sus numerales 3 y 5 fija las modalidades de control ejercidas por la Contraloría General de la República, sobre las *entidades del sector público*, motivo por el cual éstas pueden revestir, según el caso, carácter público o privado; el artículo 293, num. 6, que se refiere a las *entidades*,

cuyas elecciones pueden ser organizadas por el Consejo Nacional Electoral, permite interpretar que pueden tener carácter público o privado, según la entidad de que se trate; y el artículo 300 está referido a *entidades funcionalmente descentralizadas*, con la finalidad de realizar actividades sociales o empresariales, las cuales en el contexto en que aparecen consagradas, y atendiendo a la «ratio» de la disposición, deberían tener carácter privado.

En suma, la gran mayoría de las disposiciones constitucionales que de manera directa o indirecta se refieren a *entes públicos* y a *entidades públicas*, como ha quedado demostrado, aluden a la connotación doctrinaria de ente público, pero la minoría restante también permite llegar a esa misma conclusión, sólo que tal como aparece concebida la expresión en el respectivo precepto, debe admitirse que la entidad creada pueda llegar a tener naturaleza privada. Únicamente la disposición que erige en «ente rector» al Consejo Nacional Electoral del Poder Electoral, se aleja de la mencionada connotación conceptual.

4.1.2. El criterio unificador del segundo grupo (personas jurídicas de derecho público)

Como expusimos anteriormente, sobre la expresión «personas jurídicas de derecho público» prevista únicamente en el artículo 124 de la Constitución de 1961, estaba montado todo el andamiaje teórico relativo a este tipo de figuras subjetivas. La Constitución vuelve a utilizar la expresión, no con la frecuencia con que utiliza la correspondiente a ente público, pero sí con la misma finalidad, o sea, establecer una prohibición general de contratación a todos los funcionarios que le presten servicios a los municipios, a los Estados y a la República, así como a las demás *personas de derecho público* (art. 145) con la particularidad de que agrega, a diferencia del artículo 124, de la Constitución derogada, al ámbito objetivo que configura al supuesto de hecho a *las personas jurídicas de derecho privado estatales*, razón por la cual cobra fuerza la tesis ya expuesta acerca de que pese a ser una expresión muy amplia, de la misma deben ser excluidos los entes públicos que no forman parte de la organización de la Administración Pública o del Estado, tales como los colegios profesionales, y en ese sentido la expresión «personas jurídicas de derecho público» tendría una amplitud conceptual menor que la correspondiente a «entes públicos».

Sin embargo, es preciso señalar que en los artículos 318 y 322 la Constitución utiliza la expresión «persona jurídica de derecho público» en forma genérica, es decir, sin ningún tipo de restricción en su significado conceptual, cuando califica al Banco Central de Venezuela como *persona*

jurídica de derecho público, y establece que la defensa y la seguridad de la nación es responsabilidad también de las *personas jurídicas de derecho público*. De modo, pues, que conforme a los citados preceptos constitucionales la expresión bajo examen tiene un significado idéntico al de ente público, en razón de que comprende tanto a las *personas jurídicas de derecho público territoriales y no territoriales*.

4.1.3. Las personas jurídicas del sector público

La Constitución en su artículo 289, numerales 3 y 5, al delinear la competencia de la Contraloría General de la República incluye dentro de los entes y órganos que están sujetos al control de dicho órgano a las *personas jurídicas del sector público*. Además los artículos 96, 97 y 111 aluden en abstracto, sin ningún tipo de definición, o de indicadores que contribuyan a su identificación, al *sector público* para contraponerlo al *sector privado*. Finalmente el artículo 67 constitucional prohíbe que las direcciones de los partidos políticos contraten con entidades del *sector público*. Planteada así la situación derivada de la regulación constitucional se impone tratar de dilucidar qué se entiende por sector público, a los fines de poder determinar si son iguales las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas del sector público.

4.1.4. Hacia la búsqueda de una definición del «sector público»

En realidad no existe ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia una definición de sector público, y en la normación sólo aparece un elenco de los entes y órganos que lo conforman. En efecto, por lo menos a partir de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario en varios de sus artículos el ámbito subjetivo de la misma se delinea haciendo referencia a los «organismos del sector público», pero sin llegar a realizar una enumeración de los mismos, como ocurre posteriormente cuando se sanciona la primera Ley de Privatización, en cuyo artículo 2 se pretende definir, como se dijo anteriormente, acudiendo a una mera enumeración de los órganos y entes que el legislador estimó debían conformarlo. Esa misma técnica fue seguida recientemente por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en su artículo 6, sancionada en el mes de septiembre de 2000.

Ahora bien, antes de pasar a examinar esas enumeraciones a los fines de dilucidar la referida igualdad o diferencia entre *personas jurídicas de derecho público* y *personas jurídicas del sector público*, consideramos conveniente aproximarnos a las definiciones sustantivas que sobre este sector han sido formuladas en el Derecho Comparado. Al respecto cabe señalar en primer lugar —como sostiene la doctrina española— que este

tema está muy vinculado a opciones políticas muy específicas, correspondiéndole entonces a los operadores jurídicos instrumentarlas a través de los correspondientes textos legales. Como es dable imaginarse esas opciones están conectadas a su vez con el tránsito del Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, lo que impuso en la mayoría de los casos que la Administración Estatal pasara a asumir los medios de producción, para satisfacer las necesidades colectivas que constituirían expresión del reclamo de los derechos sociales (salud, educación, transporte, energía, etc.), y también en algunos casos para lograr el ordenamiento de la actividad económica general. En ese tránsito hacia el Estado de Derecho, se inscribe igualmente el proceso de nacionalización que comienza un poco antes, y se acelera después de concluida la Segunda Guerra Mundial. Cabe destacar qué conformación del sector bajo examen se realiza fundamentalmente mediante las denominadas «empresas públicas».

Sin dudas que la opción de conformar un sector público por las razones que esgrimieron y esgrimen los titulares del poder no dejó, ni deja de suscitar críticas, porque la eficacia y rentabilidad perseguida o invocada con la constitución de las empresas públicas no llegó, ni llega a producirse totalmente, y por el contrario en una gran cantidad de casos, pese a los privilegios detentados por las mismas, se produjeron, y se continúan produciendo, notables fracasos. Pero al lado de la voluntad estatal de conformar el sector, no hay que olvidar que en muchos países el mismo creció debido a las quiebras que sufrían las empresas privadas, y el Estado para proteger la actividad desarrollada y, sobre todo, el empleo se vio constreñido a salvar financieramente dichas empresas, razón por la cual pasaron a detentar el estatus de públicas o estatales.

Los grandes trazos anteriores delimitan sucintamente el origen de la conformación del sector público, el cual en muchos países adquirió dimensiones gigantescas. Lo cierto es que a partir de mediados de la década de los ochenta, por influencia del neoliberalismo, y sobre todo debido a la poca eficacia y rentabilidad demostrada por las empresas públicas, comienza un proceso de redimensionamiento del sector, o como suele decirse en términos políticos, de reducción del tamaño del Estado, que se traduce en masivas privatizaciones, es decir, en el traslado de la propiedad de dichas empresas a manos privadas. En algunos casos el fenómeno de la privatización adquirió caracteres alarmantes, siendo un ejemplo emblemático lo ocurrido en Argentina bajo la presidencia de Menem.

Sin embargo, como es obvio ese proceso en marcha de privatización ha logrado el redimensionamiento del sector público en mayor o menor proporción, pero no cabe ninguna duda de la existencia actual y futura de dicho sector, y es en ese contexto que la doctrina ha arbitrado defini-

ciones con diversas acepciones, a saber: acepción amplia, que comporta, según MARTÍN RETORITLLO (1988), que el sector público «representa la actividad de la Administración Pública susceptible de una valoración económica; y ello con independencia de que se lleve a cabo a través de personificaciones o de procedimientos públicos o privados». De modo, pues, que conforme a esta acepción prima la actividad económica o financiera del Estado, por encima de los procedimientos y personificaciones utilizados para llevarlos a cabo. Ese pareciera ser el sentido de los numerales 3 y 5 del artículo 289 de la Constitución, cuando atribuye a la Contraloría General de la República la potestad para inspeccionar, fiscalizar, evaluar y ejercer el control de gestión sobre los órganos, entidades y personas jurídicas del *sector público*; por consiguiente, resulta irrelevante la calificación de las personas jurídicas, pues en todo caso basta que conformen el referido sector, derivándose dicha conformación de la calificación como económica de las actividades realizadas por ellas, para que el órgano contralor ejerza las potestades indicadas; de allí entonces que atendiendo a la referida definición de sector público, sea posible establecer una diferencia entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas del sector público, en virtud de que éstas incluyen tanto a las públicas, como a las estatales, que como veremos más adelante son de derecho privado, aunque en los referidos dispositivos constitucionales, en el marco de la definición del autor español, el núcleo de la misma esté centrado en la calificación de las actividades que esos entes desarrollan, como esencialmente económicas.

En la segunda acepción, según el mismo autor antes citado, «el sector público viene a representar la actuación económica de las Administraciones Públicas en cuanto tales; es decir, actuando principalmente en el contexto que impone el régimen jurídico administrativo». Como se observa, esta definición obedece a un criterio restringido que no encuentra respaldo ni en la Constitución, ni en las leyes de Privatización ni en la Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en virtud de que excluye a los entes o personas jurídicas estatales o de derecho privado.

En la tercera acepción, según el mismo autor, «el sector público será la actividad económica que la Administración lleva a cabo para la prestación de servicios o la producción o distribución de bienes que entran en el mercado». En esta acepción se privilegia el carácter industrial de la actividad desplegada por el Estado, fundamentalmente mediante procedimientos de derecho privado. Esta tesis significa que deben excluirse desde el punto de vista orgánico los entes públicos que no estén regidos en sus actuaciones por procedimientos de derecho privado, como por ejemplo la República, los Municipios, los Estados, muchos Institutos Autónomos.

Ahora bien, pareciera que resulta necesario concordar los artículos 96, 97 y 111 constitucionales, que utilizan el concepto de sector público, para contraponerlo al sector privado, y por otra parte, los artículos 289, numerales 3 y 5, y 67 ejusdem, que además de calificar la actividad económica de la Administración del Estado, como sector público, establecen su composición orgánica, sin tomar en cuenta la naturaleza de las personificaciones, con el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que preceptúa:

Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente:

1. La República.
2. Los estados.
3. El Distrito Metropolitano de Caracas.
4. Los distritos.
5. Los municipios.
6. Los institutos autónomos.
7. Las personas jurídicas estatales de derecho público.
8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.
10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en este artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto.

Por otra parte, el artículo 7, califica como entes no empresariales a los mencionados en los numerales 6, 7 y 10, y de entes con fines empresariales aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos provengan fundamentalmente de esa actividad.

De modo, pues, que la armonización de los citados preceptos constitucionales, entre sí, y a su vez con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de

la Administración Financiera del Sector Público, a la luz del marco conceptual antes expuesto, permite concluir que la definición del *sector público* en el ordenamiento jurídico venezolano es muy amplia, en virtud de que a) alude a toda la actividad económica realizada por el Estado, independientemente de la naturaleza de las personificaciones que adopte para lograrlo, así como de los procedimientos (públicos o privados). Así debe interpretarse la expresión en el contexto del artículo 289, numerales 3 y 5 de la Constitución, referido a las potestades de la Contraloría General de la República; b) se refiere a una neta contraposición constitucional entre el sector público y el sector privado. Así deben ser interpretados los artículos 96, 97 y 111, e inclusive el 67 constitucionales, lo que no significa que el primero esté formado exclusivamente por entes públicos, pues el contrario está integrado por personas jurídicas de esa naturaleza, pero también de naturaleza privada, tal como se evidencia de manera operacional de la enumeración de los órganos y entes que lo integran contenida en el artículo 6 de la ley citada anteriormente; c) el eje articulador del concepto, cuando a los entes esencialmente públicos, enumerados en el citado esquema normativo, gira en torno a la variable, esto es, la participación patrimonial a la participación mayoritaria en el capital social, y en los aportes presupuestarios en las distintas clases de sociedades mercantiles, asociaciones y fundaciones contemplados en dicho dispositivo normativo. En conclusión, desde el punto de vista organizativo, y también económico, todo ente perteneciente al Estado en los términos antes expuestos, debe reputarse como integrante del sector público, y por exclusión todo ente que no reúna esas características integrará el sector privado.

Por otra parte, es posible hacer una división en el sector público entre los entes empresariales, que realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta, con la tendencia a autofinanciarse, y entes no empresariales, que realizan actividades distintas a la producción de bienes y servicios, así como una división entre sector público nacional (todos los entes enumerados en el artículo 6 de la Ley, menos los mencionados en sus numerales 2, 3, 4, 5) y sector público no nacional (los entes comprendidos en los numerales 2, 3, 4, 5, del citado artículo 6). Igualmente es posible establecer una división entre los entes que conforman el sector público, de derecho privado (los mencionados en los numerales 8, 9 y 10), y de derecho público (los mencionados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7).

Una vez dilucidado el concepto de *sector público* en el ordenamiento jurídico venezolano, desde el punto de vista material y orgánico, no cabe más que reiterar la imposibilidad de establecer una equivalencia entre *personas jurídicas de derecho público*, las cuales aparecen plenamente identifi-

cadadas y determinadas taxativamente en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (la República, los Estados, los Municipios, los Distritos, los Municipios, los Institutos Autónomos y las personas jurídicas estatales de derecho público), y las *personas jurídicas del sector público*, que son todas las enumeradas en el citado esquema normativo, pudiendo ser por tal razón públicas y privadas, o mejor dicho estatales, como lo explicaremos más adelante.

5. ENTES PÚBLICOS O PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO LAS EXPRESIONES MÁS GENÉRICAS O COMPRENSIVAS DE LA CONNOTACIÓN CONCEPTUAL DE TODAS LAS FIGURAS SUBJETIVAS DE DERECHO PÚBLICO

Los argumentos expuestos en los acápites anteriores demuestran que tanto la expresión ente público, como la correspondiente a *personas jurídicas de derecho público* resultan idóneas en el contexto del ordenamiento jurídico venezolano para referirse a las diversas modalidades que adopta el elemento plurisubjetivo del Estado venezolano, en cuanto concierne a las figuras subjetivas públicas. No obstante, debe hacerse la salvedad que si se toma en cuenta la frecuencia con que es utilizada cada una de las dos expresiones en el texto constitucional, entonces debería primar «ente público» sobre «persona jurídica de derecho público», pues la primera es utilizada en veinticuatro artículos diferentes, y la segunda sólo en tres. Pero corresponderá a los legisladores determinar, dada la igualdad en términos conceptuales de ambas expresiones, cuál usará en cada caso, pudiendo lógicamente optar por una de ellas, o utilizarlas indistintamente.

Lo que sí debe evitarse es recurrir a los términos «órganos públicos» u «organismos públicos» para referirse a cualesquiera de las modalidades de las figuras subjetivas de derecho público, pues los órganos u organismos son las reparticiones administrativas mediante las cuales esas figuras expresan su voluntad, lo que en general da lugar al establecimiento de la denominada relación jurídico administrativa. Por consiguiente, los órganos u organismos forman parte de la persona jurídica, por esa misma razón no son la persona jurídica, ni mucho menos puede predicarse que tengan persona jurídica, aunque en casos excepcionales detenten un mínimo de subjetividad. Por supuesto, que es posible encontrar en textos legislativos, e inclusive en sentencias, que se confunde el órgano con el ente y viceversa, como ocurre por ejemplo en el artículo 281, numeral 10 de la Constitución que se refiere a los «órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos», dispositivo este que obviamente pretende aludir a los *entes o personas jurídicas* de protección y defensa de los derechos humanos, con los cua-

les establecerá comunicación la Defensoría del Pueblo a través de los órganos de dichos entes.

En sentido inverso está utilizado en el artículo 292 ejusdem, que erige al Consejo Nacional Electoral en el *ente rector* del Poder Electoral, cuando tratándose de la creación de un nuevo Poder Nacional, el cual al igual que los restantes Poderes de ese nivel, está cobijado por la personalidad única del Estado o República, de tal suerte que tendrá un *órgano* rector, mas no un ente rector. En fin, a la luz del ordenamiento jurídico venezolano no queda más que proscribir la utilización de los términos *órgano* y *organismo públicos*, para referirse a una persona jurídica pública.

En virtud de que la expresión *establecimiento público* tiene un carácter general, porque teóricamente puede abarcar tanto a los entes territoriales como no territoriales, y además es utilizada puntualmente en las pocas leyes antes señaladas (Salvaguarda del Patrimonio Público, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República, Código Civil y Código de Procedimiento Civil), podría pensarse que también procedería su uso por el legislador para referirse a las figuras subjetivas de derecho público, que integran el elemento plurisubjetivo del Estado, no obstante el hecho de que el origen histórico de los establecimientos públicos en Francia se encuentre vinculado a la categoría de entes públicos no territoriales, es decir, que en ese contexto histórico es un ente no territorial, constituye una limitación al señalado carácter general, y sin dudas que puede dar lugar a que surjan problemas interpretativos.

A esa limitación debe añadirse la crisis que sufrió la noción en Francia después de la Segunda Guerra Mundial al crearse las modalidades de establecimientos públicos industriales y comerciales, lo que tal vez haya contribuido a que en la mayoría de los países europeos ya no se utilice el término bajo examen. Atendiendo a las razones antes expuestas pensamos, en primer lugar, que la expresión *establecimiento público* no tiene el carácter genérico que acompaña a la de *ente público* y a la de *persona jurídica de derecho público*, y en segundo lugar, que debería abandonarse su utilización por lo menos en el ámbito legislativo, con la finalidad de evitar eventuales problemas interpretativos que podrían estar vinculado a su origen histórico.

Tampoco resultan idóneas para lograr la finalidad antes expresada, las expresiones constitucionales de *empresas del Estado*, *empresas públicas*, *personas jurídicas estatales*, *personas jurídicas estatales de derecho privado*; por las razones que expondremos cuando examinemos el punto relativo a las *personas jurídicas estatales*.

6. LA CATEGORÍA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

6.1. Premisa introductoria

La categoría de las personas jurídicas estatales es una creación doctrinaria que parte de la identificación del ente como estatal, siempre que resulte posible «encuadrarlo» en la estructura organizativa del Estado, de tal suerte que todo ente que logre ser encuadrado en la estructura organizativa de la Administración Pública, será estatal, y por el contrario, si no es posible realizar dicha operación será no estatal. Pues bien, esta tesis que al parecer tiene su origen en la doctrina del Derecho Público del sur del continente, en virtud de ser exponentes de la misma MARIENHOFF (1964) y SAYAGUES LASO (1961), tuvo durante la vigencia de la Constitución de 1961 una gran aceptación doctrinaria en el país, siendo uno de sus exponentes más connotados BREWER (1984).

Tal vez esa amplia recepción doctrinaria haya jugado un papel relevante en la consagración, por primera vez en la evolución constitucional venezolana, de las personas jurídicas estatales en el texto de la Constitución de 1999, en sus artículos 180 y 190, y a una modalidad de las mismas: *las personas jurídicas estatales de derecho privado*, en el artículo 145 *ejusdem*. Por lo tanto, procederemos a estudiar esta categoría de personas jurídicas, tomando como punto de partida la situación de la doctrina hasta 1999, para luego realizar el examen de las mismas en el marco de la Constitución que entró en vigencia a finales del mencionado año.

6.2. La consagración constitucional de las personas jurídicas estatales

De los tres preceptos constitucionales antes enunciados, resulta emblemático en la creación «ex novo» de las personas jurídicas estatales, el 180 que reza:

La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyen al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes politicoterritoriales, se extiende solamente a *las personas jurídicas estatales* creadas por ellos, pero no a los concesionarios, ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados. [Énfasis añadido.]

Y decimos que es emblemático porque refleja la voluntad de los constituyentes manifestada en el curso del iter de la discusión sobre el artículo 195 del Anteproyecto de Constitución, de crear *ex novo* la figura de las personas jurídicas estatales. Dada la importancia que reviste esa circuns-

tancia consideramos necesario resumir de seguidas dicho iter: En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 2 de noviembre de 1999, se leyó el texto del artículo 195 en los siguientes términos:

La potestad tributaria que corresponde a los municipios es distinta e independiente de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyen al Poder Nacional o estatal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes político territoriales, se extiende únicamente a los *órganos y personas jurídicas públicas* creadas por ellos, pero no a los concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los estados. [Énfasis añadido.]

Inmediatamente el Constituyente Segundo Meléndez, en su carácter de Presidente de la Comisión que redactó el capítulo del Poder Municipal, solicitó que el artículo fuese votado por consenso tal como había sido planteado. El Constituyente A. Brewer se opuso a dicha proposición y argumentó que la inmunidad estaba propuesta exclusivamente frente a las *personas jurídicas públicas*, razón por la cual resultaba restrictiva en relación con el ámbito subjetivo al que se pretendía extender, señalando que la expresión correcta era *persona jurídica estatal*, «porque por ejemplo PDVSA no es una persona jurídica-pública, es una persona de derecho privado y podría estar fuera». Esta proposición del Constituyente Brewer fue acogida, sustituyéndose en el artículo 195, «personas jurídicas públicas» por personas jurídicas estatales, siendo recogido así en citado artículo 180 de la Constitución.

De modo, pues, que la voluntad de la Constitución es incorporar al ordenamiento jurídico venezolano una categoría de personas jurídicas, manejada doctrinariamente, pero desconocida normativamente durante la vigencia de la Constitución de 1961, y además fijar parámetros interpretativos que posibilitan la diferenciación entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas de derecho público. Por otra parte, debemos añadir que el citado artículo 145 de la Constitución de 1999, pareciera que califica a las personas *jurídicas estatales como de derecho privado*, cuando establece la prohibición general a los funcionarios públicos que le presten servicios a la República, a los Estados y a los Municipios, de contratar con esos mismos entes, con las demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, y al mismo tiempo vuelve a establecer diferencias entre estos dos tipos de personas jurídicas (públicas y estatales).

La tesis acerca de la creación *ex novo* de las personas jurídicas estatales encuentra respaldo en el artículo 300 constitucional, que confiere la potestad al Estado de crear entidades descentralizadas funcionalmente para

la realización de actividades *sociales o empresariales*, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan, sobre la base de una ley nacional que establecerá las condiciones para la creación de dichas entidades. Por consiguiente, al ser creadas por el Estado mediante la transferencia de recursos públicos para su funcionamiento, cabe concluir en el contexto de la competencias atribuidas al Estado para instituir personas jurídicas, que las referidas entidades descentralizadas funcionalmente, deben ser calificadas como *personas jurídicas estatales*, por lo menos las que deben realizar actividades empresariales, sin que nada obste para que las que deban realizar actividades sociales puedan revestir esa condición.

Queda pues, en definitiva demostrada la existencia constitucional de las personas jurídicas estatales, que inclusive llegan a ser calificadas de privadas, pero al mismo tiempo hay que hacer constar que la nueva Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en su artículo 6, numeral 7, prevé la creación de una categoría de figuras subjetivas que denomina personas jurídicas estatales de *derecho público*, lo que pareciera dar lugar a una nueva clase de personas jurídicas estatales, si se tiene en cuenta que la Constitución, como se expresó antes, se refiere únicamente a las personas jurídicas estatales de derecho privado.

6.3. La connotación conceptual de las personas jurídicas estatales

Como se expresó anteriormente, la doctrina extranjera fundamenta la concepción sobre las personas jurídicas estatales en la variable: *encuadramiento en la estructura organizativa del Estado*, y además GARRIDO FALLA (1989), al considerarlas equivalentes a las personas jurídicas de derecho público, propone un criterio pragmático para determinar la existencia de dicho «encuadramiento», basado en las relaciones de jerarquía o de tutela que pueden configurarse entre el ente que se pretende ubicar en la clasificación y la Administración Pública. Conforme a ese criterio resulta sumamente sencillo, en el caso del ordenamiento jurídico venezolano, concluir, por ejemplo, que los Institutos Autónomos, precisamente porque están ligados a la Administración Central por una relación de «tutela», son entes estatales, en virtud, insistimos, de que el «encuadramiento» en la organización administrativa nacional se deriva precisamente de la mencionada relación de tutela.

Ahora bien, si se considera que la relación o control de tutela es una figura organizativa típica de derecho público, que se origina en el proceso de descentralización funcional o institucional, mediante el cual la Administración Central (República) transfiere determinadas competencias a otro *ente público*, entonces necesariamente las denominadas empresas del

Estado, o sea, las sociedades donde éste tenga participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital, quedarían fuera del concepto de personas jurídicas o entes estatales, en virtud de que en la relación que se configura entre la Administración Central y una empresa del Estado (persona jurídica de derecho privado), pese a que también estamos en presencia de una expresión de la descentralización funcional, la primera no ejerce un *control de tutela* sobre la segunda, sino que el mismo, dada la naturaleza de derecho privado de ésta, es *accionarial*, es decir, mediante el ejercicio de los poderes derivados de tener el control accionario de la sociedad, tal como lo regulan los respectivos Estatutos y el Código de Comercio, y ahora la Ley Orgánica de la Administración Central del 14 de diciembre de 1999, en su artículo 37, numeral 13.

Es necesario advertir que la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentó un criterio totalmente distinto en relación al de control de tutela antes expuesto. En efecto, en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1989, en razón de que declaró que un Instituto Autónomo (Consejo Nacional de la Cultura) ejercía un control de tutela sobre una fundación (Fundación Orquesta Sinfónica de Venezuela), la cual era un ente de derecho privado, considerando, de esta manera que el referido control de tutela podía configurarse entre un ente público y una persona jurídica de derecho privado. El aludido fallo expresa:

La tutela es el instrumento que permite a un ente de derecho público supervisar y controlar a otro ente de derecho privado que le pertenece, o donde tiene una participación mayoritaria o decisiva, y mediante el cual puede orientar y dirigir su actuación... La tutela se da entre los entes de la Administración Central y los de la Administración Descentralizada, pero nada impide que también exista entre entes descentralizados cuando uno de ellos, a su vez, descentraliza sus funciones o cometidos. Por tanto, la tutela como mecanismo de supervisión y control no es propio sólo de los entes centralizados respecto a sus entes descentralizados de derecho privado, sino también de los entes descentralizados de derecho público con relación a los entes descentralizados de derecho privado...

La doctrina recogida en la sentencia transcrita parcialmente, pese a ser muy respetable por haber emanado de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, no podía, en nuestro criterio, en aquel tiempo, elevarse, a la categoría de jurisprudencia, en primer lugar, porque aparece aislada en el contexto del resto de las decisiones proferidas con posterioridad por ese Máximo Tribunal, pues a partir de dicho fallo no dictó ningún otro que lo ratificase o lo ampliase en sus motivos, y en segundo lugar, porque carecía tanto de basamento jurídico como lógico, que permitiese desvirtuar la tesis doctrinaria antes expuesta, la cual resulta dominante en nuestro Ordenamiento Jurídico y en la doctrina nacional y extranje-

ra, atinente a que la relación de tutela únicamente puede predicarse entre entes de derecho público, por ser precisamente lo que los italianos denominan una fórmula organizativa de derecho público; por tanto no bastaba, a los efectos de enervar dicha tesis, sostener, como se hace en el aludido fallo que «la tutela es el instrumento que permite a un ente de derecho público, supervisar y controlar a otro ente de derecho privado que le pertenece, o donde tiene participación mayoritaria o decisiva», sin exponer las razones que sirven de sustento a dicha afirmación.

Por supuesto que de admitirse o haberse admitido la tesis recogida en el señalado fallo, bastaría o bastaba para predicar que las empresas del Estado, constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles, las fundaciones, las asociaciones o sociedades civiles del Estado, estaban sometidas al control de tutela por parte de la Administración Central, o inclusive por un ente de la Administración Descentralizada, para concluir —conforme al citado fallo— que se estaba en presencia de una persona jurídica o ente estatal, ya que entonces cobraría plena validez el criterio pragmático acerca del «enclavamiento» en la organización administrativa —relación de jerarquía o tutela— expuesto por el autor español Garrido Falla.

Ahora bien, no dudamos que esa tesis acerca de la concepción de la tutela administrativa pudiera haber encontrado adherentes, en virtud de que hasta el año 2000 en Venezuela existía un vacío normativo en lo atinente al tipo de relación, y por ende, la clase de control que ejercían los órganos de la Administración Central sobre los entes descentralizados funcionalmente de derecho privado (estatales), a diferencia de lo que ocurría con los públicos, verbigracia de los institutos autónomos, respecto de los cuales no existía ninguna, porque aparecía claramente establecido en las leyes de creación, e indirectamente en la Ley Orgánica de la Administración Central.

Lo que si es cierto es que siempre estuvo vigente un instrumento normativo que claramente indicaba la *adscripción* de esos entes estatales (de derecho privado), a los diferentes Ministerios, como se hacía con los entes públicos. Tal vez esa situación normativa pudo haber conducido a que se hiciera una indebida equivalencia entre *adscripción* y tutela, llegando a una conclusión errónea al postular que todo ente descentralizado funcionalmente, independientemente de su naturaleza, adscrito a un Ministerio estaba sometido al control de tutela de ese órgano ministerial. Esa tesis —insistimos— errónea, porque si bien la *adscripción* revela una relación entre el ente descentralizado y el órgano de la Administración Central, que supone el ejercicio de la potestad de control por parte de este último sobre el primero, ello no significa que se trate de la misma y

única modalidad de control, inclusive ya eso aparecía asomado indirectamente en la Ley Orgánica de la Administración Central, cuando establecía entre las atribuciones comunes de todos los Ministros ejercer el «control accionario» sobre las empresas del Estado.

Hay que reconocer que al no haber logrado el Parlamento, pese a los múltiples intentos, sancionar una Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, esa figura no encontró un desarrollo normativo, y muy poco doctrinario y jurisprudencial. En relación con las Fundaciones y Asociaciones Civiles del Estado el vacío era prácticamente absoluto. Es precisamente en el contexto de esa situación donde surge la tesis de predicar la tutela como una relación entre entes públicos y privados, en nuestro criterio errada, pero perfectamente acertada, en criterio de otros. No obstante, a la referida situación de vacío normativo le pone fin el «Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Central», de fecha 20 de diciembre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial de fecha 24 de enero de 2001, en cuyo artículo 15 diferencia categóricamente entre los distintos tipos de controles que ejercen los órganos de la Administración Central, derivados de la adscripción, a saber *control de tutela*, en el caso de los institutos autónomos, atendiendo a las diversas leyes de creación; *control accionario*, en el caso de las Empresas del Estado, mediante la representación de la República en las mismas; y *control estatutario*, en los casos de las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, basado en el Decreto Ley 677, el Decreto de constitución y sus estatutos sociales.

Queda pues demostrado por vía normativa que *la tutela administrativa* es una fórmula organizativa, típica de derecho público, que únicamente puede predicarse de una relación que se establezca entre entes públicos, y además que la relación entre entes públicos y estatales origina una relación distinta, que se traduce en el control accionario y en el control estatutario; de allí que resulte concluyente que carece de fundamento —en Venezuela— la tesis que pretenda erigir a la tutela en la variable fundamental del «encuadramiento» de un ente en la organización administrativa del Estado, a los fines de calificarlos o atribuirle el carácter de *estatal*; de allí también el motivo que constriñe a buscar otra variable que permita ese encuadramiento, en el caso de las empresas del Estado, las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, dada la enorme importancia que todavía detentan las primeras para el desarrollo económico del país.

6.3.1. La variable de la participación patrimonial como criterio de encuadramiento del ente en la organización administrativa del Estado (La consagración constitucional)

Reiteramos que el criterio propuesto por el autor español Garrido Falla si bien resulta suficiente para identificar determinadas clases de entes estatales: los sujetos al control de tutela por parte de la Administración Central, deja afuera a la gran mayoría de los que la doctrina conceptúa como personas jurídicas estatales, esto es, a la categoría denominada por la doctrina empresas del Estado, que por cierto ahora bajo esa denominación, o la de empresa pública, pareciera ser el género de los entes económicos, encuentra consagración en los artículos 189, numerales 1 y 3 y 184, numeral 4, respectivamente, de la Constitución, las cuales aparecen contempladas y definidas en términos de aporte de capital o presupuesto mayoritario. Por lo tanto, al dejar afuera casi la totalidad del universo de lo que la doctrina nacional ha denominado personas jurídicas estatales, el criterio bajo examen debe ser soslayado parcialmente, ya que si bien —insistimos— resulta útil para identificar mediante la figura de la tutela a las personas jurídicas estatales, que a la vez son entes públicas, como los institutos autónomos, no lo es para identificar, como expresamos antes, a los entes estatales que no revisten el carácter de públicos.

Ante esta dificultad —que existía antes y que existe ahora— la doctrina nacional en su tiempo (BREWER 1984) propuso, siguiendo a la doctrina argentina, acudir al criterio de la participación patrimonial del Estado en los entes que se pretenden calificar como estatales, y durante la vigencia de la Constitución de 1961 fue invocado como fundamento de dicha tesis el artículo 140, ordinal 3° de la misma, que al delinear un supuesto de inelegibilidad para ser senador o diputado utilizaba la expresión «empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva». Lo cierto es que después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como indicamos antes, la variable participación patrimonial como mecanismo de definición de las personas jurídicas estatales, encuentra sustento constitucional al ser contempladas en la Carta Magna las figuras subjetivas de las *empresas del Estado y de las empresas públicas* (art. 189, num. 1 y 3 y 184, num. 4), las cuales vienen a ser expresión concreta o modalidades de las personas jurídicas estatales. Esta tesis a su vez encuentra fundamento en el citado artículo 300 *ejusdem*, que confiere al Estado la potestad, sobre la base de una ley nacional que establezca las condiciones de creación, de instituir con *fondos públicos*, entes para realizar actividades sociales o empresariales, y para garantizar la razonable productividad económica y social de esos recursos.

De modo, pues, que el texto constitucional erige en una de las variables fundamentales para la creación de determinados tipos de entes descentralizados funcionalmente, por lo menos aquellos a quienes se les asigna el cometido de realizar actividades «empresariales», la participación patrimonial mayoritaria del Estado, cuando establece que debe tratarse de asegurar la razonable productividad económica de los *recursos públicos* que se inviertan. Por consiguiente, de los dispositivos constitucionales citados, se evidencia una relación de causalidad entre participación patrimonial mayoritaria del Estado y carácter estatal del ente en el que participa el Estado. En esta misma línea de pensamiento hay que agregar que reglas de elemental lógica jurídica y no jurídica conducen a sostener que si la Administración crea una sociedad mercantil, por ejemplo, y aporta la totalidad del capital o más del cincuenta por ciento del mismo, esa sociedad tiene que ser estatal, y no de personas privadas. En fin, queda claro, en nuestro criterio, visto que la propia Constitución crea a las personas jurídicas estatales, que el elemento patrimonial resulta el indicador básico para identificar a la mayoría de esa clase de personas, salvo lógicamente que la calificación provenga de una norma en forma expresa.

6.3.2. La variable participación patrimonial (consagración legal)

Ha quedado demostrado que la Constitución prevé dentro de las personas jurídicas estatales una importante categoría, articulada fundamentalmente en la participación patrimonial del Estado a través de la inversión de los recursos públicos para realizar actividades sociales e industriales, las cuales encuentran expresión concreta en el propio texto constitucional, bajo la denominación de empresas del Estado, y parcialmente en las empresas públicas.

Ahora bien, recientemente —en el mes de septiembre de 2000— fue promulgada una importante ley sancionada por la Comisión Legislativa Nacional (denominada en medios periodísticos «El Congresillo»), la cual, aparte de las críticas que se le puedan formular, empezando porque resultó publicada después que ese especial órgano legislativo se había extinguido, y ya había comenzado a ejercer funciones la Asamblea Nacional, hay que reconocer que se trata de un instrumento normativo que por primera vez regula toda la Administración Financiera del *Sector Público* (Presupuesto del Estado, Crédito Público, Tesorería Nacional, Contabilidad Pública, Control Interno, Coordinación Macroeconómica y Fondo de Ahorro Intergeneracional), razón por la cual era dable pensar que intentase desarrollar las previsiones constitucionales sobre personas jurídicas estatales.

Efectivamente así ocurrió, pues en el tantas veces citado artículo 6 del mencionado texto, se identifica claramente, por supuesto atendiendo únicamente a la variable participación patrimonial del Estado, a las siguientes modalidades de entes estatales: a) *sociedades mercantiles* en las cuales la República, los Estados, el Distrito Metropolitano, los Distritos, los Municipios, los Institutos Autónomos y las personas jurídicas estatales de derecho público, tengan una participación social *igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social*; b) *sociedades totalmente estatales*, encargadas mediante la posesión de acciones en otras sociedades de coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; c) *las sociedades mercantiles* en las cuales cualquiera de los dos tipos de sociedades identificados en los literales anteriores tengan participación *igual o superior al cincuenta por ciento del capital social*; d) *las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos*, o dirigidas por alguna de la personas mencionadas en el artículo 6, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de esas personas, *represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto*. De lo expuesto se desprende claramente que el único criterio de identificación de las personas jurídicas estatales antes enumeradas, es el de la participación patrimonial del Estado, bien mediante aportes al capital social, o aportes al presupuesto del ente.

Por otra parte, la definición de entes empresariales, o con fines empresariales, como aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes y servicios destinados a la venta, cuyos ingresos o recursos provengan de esa actividad (art. 7 num. 2), permite inferir, dado el carácter lucrativo de las sociedades mercantiles, que las personas jurídicas estatales de esta naturaleza serán las tres sociedades enumeradas en el artículo 6, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. En esa misma línea la Ley en su artículo 6, establece claramente que son entes no empresariales o sin fines empresariales, los enumerados en su numeral 10, y por otras razones que examinaremos más adelante, también los contemplados en los numerales 6 y 7 de ese mismo esquema normativo. Pero en todo caso interesa resaltar que la propia Ley privilegia el elemento participación patrimonial en los entes empresariales o con fines empresariales, sin que ello signifique que pierda totalmente ese sentido en el caso de los entes previstos en el numeral 10 del artículo 6 del texto en comento (fundaciones y asociaciones civiles), pues de alguna manera los aportes presupuestarios en las fundaciones y asociaciones resultan equivalentes *mutatis mutandi* a la participación patrimonial en las empresas del Estado.

6.4. Las personas jurídicas estatales: ¿entes públicos o entes privados?

En el pasado reciente la interrogante del epígrafe suscitó muchas dudas, en virtud de que existía la tendencia a establecer una relación de identidad entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas estatales, y entre personas jurídicas no estatales y personas jurídicas privadas. Ahora bien, antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre esa relación de identidad o de diferencia, resulta necesario esclarecer el carácter o naturaleza de los entes estatales. Al respecto cabe precisar que si se atiende al encuadramiento de los entes en la organización administrativa del Estado sobre la base de la participación patrimonial, entonces todo aquel que reciba la calificación de estatal será de *derecho privado*, en primer lugar, porque pese a que es creado por Estado, mediante la aportación de recursos públicos (participación patrimonial mayoritaria), dicha creación se hace mediante las formas jurídicas originarias, esto es, sociedades mercantiles, asociaciones, sociedades civiles y fundaciones, razón por la cual en su tráfico normal estarán regidos por normas de derecho privado, lo que no obsta para que un núcleo de su actuación esté regulado por normas de derecho público, verbigracia presupuesto, crédito público, salvaguarda del patrimonio público y sometimiento al control externo de la Contraloría General de la República.

Pero en todo caso lo que hay que resaltar es que las personas jurídicas estatales, son reconocidas por el ordenamiento jurídico, y por tanto pueden ser sujetos de derecho y obligaciones, después que cumplen con las formalidades esenciales del registro contempladas en el Código de Comercio o en el Código Civil, según el caso, y de allí en adelante ingresan al tráfico jurídico regidas —se insiste— por el Derecho Privado. Por consiguiente, una sociedad mercantil de derecho privado tan importante como PDVSA, como acertadamente se expresó en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, es una *persona jurídica estatal de derecho privado*, al igual que Cadafe, Hidroven, el Banco del Pueblo, Cametro, etc, en virtud de que en todas ellas su capital social está constituido total o mayoritariamente por recursos públicos, y disciplinadas por el Derecho Mercantil. En ese mismo orden de ideas la Fundación del Niño, Fundacomun, etc., son personas jurídicas estatales, mas específicamente fundaciones estatales o del Estado, debido a que fueron constituidas con fondos públicos, además de que la totalidad o casi totalidad de los aportes presupuestarios provienen del Estado.

Esta tesis acerca de la naturaleza de derecho privado de las personas jurídicas estatales, encuentra respaldo, por lo demás, en la propia Constitución en su artículo 145, que al establecer la prohibición de los funcionarios públicos de contratar con la República, los Estados y los Municipios,

alude a las *demás personas de derecho público o de derecho privado estatales*, lo que en nuestro criterio revela la idea del constituyente de delinear una clara diferencia entre estos dos tipos de personas, pues en primer lugar, abre una categoría residual, después que enumera a las personas jurídicas territoriales: *las demás personas jurídicas de derecho público* (todas), y en segundo lugar, se refiere a la otra categoría de personas, que sin ser públicas, están encuadradas en la organización administrativa del Estado, las *estatales*, que el constituyente se cuida de calificarlas como de *derecho privado*. Luego, a la luz de este dispositivo constitucional que al armonizarse con el 300 *ejusdem*, relativo a la potestad del Estado de crear entes descentralizados funcionalmente, mediante la inversión de fondos públicos para realizar actividades sociales y empresariales, acudiendo a instrumentos de rango sublegal, cabe concluir que los entes estatales instituidos atendiendo a la variable participación patrimonial del Estado en los mismos, son de derecho privado, por lo que pueden y en general deben adoptar las fórmulas jurídicas originarias; sociedades mercantiles, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones civiles.

No obstante la conclusión a que llegamos en el punto anterior, es necesario traer nuevamente a colación la tesis de Garrido Falla, acerca de la identificación de los entes estatales cuando los equipara a los públicos, sobre la base del control de tutela que ejerce la Administración Central sobre el ente que se pretende encuadrar en la organización administrativa del Estado, y de reputarla válida entonces habría que admitir que toda persona jurídica de la cual se pueda predicar una relación de tutela con un órgano de la Administración Central, o mejor que ese órgano ejerce el control de tutela, entonces es posible admitir que existen entes estatales que tienen naturaleza pública. Así, por ejemplo, nadie duda que los Institutos Autónomos sean susceptibles del aludido encuadramiento, y tampoco nadie dudaba, ni duda ahora, que la expresión resulta emblemática de una modalidad de ente público, definido como tal en la Constitución.

De tal modo, que de acogerse la tesis de Garrido Falla y admitirse que el control de tutela funciona como un indicador indiscutible del encuadramiento de un ente en la organización administrativa del Estado; y por ende, de identificación de las personas jurídicas estatales, entonces habrá que admitir que en general *todo ente público descentralizado funcionalmente es estatal, mas no todo ente estatal es público*. En efecto, conforme a esa hipótesis el Inavi, instituto autónomo, por ejemplo, al ser público es estatal, porque aparece encuadrado, sin ninguna duda en la organización administrativa del Estado, y en ese mismo orden de ideas, la Universidad Central de Venezuela es una persona jurídica pública, pero también es estatal, porque igualmente resulta fácil encuadrarla en la Ad-

ministración Estatal; y Pdvsa, la empresa de mayor importancia económica nacional, es estatal, pero no es pública, porque pese a que está encuadrada en la organización administrativa venezolana, fue creada y está regida por el Derecho Privado, independientemente de que un reducto de la misma, que tiene que ver con sus relaciones con el Estado, está regido por normas de derecho público.

Pero el postulado de que en general todo ente público es estatal, admite excepciones dado que existen *entes públicos que no son estatales*, los menos, es cierto, por ejemplo, los Colegios Profesionales (Abogados, Economistas, etc), aquellos creados mediante ley. Y no son estatales porque debido a la gran autonomía que detentan en relación con el Estado, tal como aparece delineada en la vigente legislación, impide su encuadramiento en la organización administrativa del Estado, ya que no es posible acudir ni al control de tutela, ni tampoco predicar directa o indirectamente la participación patrimonial o el aporte presupuestario del Estado, para su funcionamiento.

Por supuesto, que lo ideal sería a los fines de clarificar la situación jurídica conducente a la identificación *a priori* de los entes estatales, que se adoptase como único criterio de encuadramiento del ente en la organización administrativa de la Administración Pública, la participación patrimonial mayoritaria del Estado, lo que a su vez permitiría una neta distinción entre ente público y ente estatal, que es lo que al parecer pretende la Constitución al establecer una clara oposición o antítesis entre el resto de las personas jurídicas de derecho público (excluyendo las territoriales) y las personas jurídicas de derecho privado estatales (art. 145), línea hacia la cual también pareciera orientarse el constituyente en el artículo 300 *ejusdem*. De este modo, no se suscitaría ningún tipo de confusión entre ente estatal y ente público, en virtud de que serían categorías absolutamente diferenciadas por la Constitución, lo que permitiría al operador jurídico considerar que toda persona jurídica estatal es de derecho privado, razón por la cual carecería de interés intentar establecer relación alguna de igualdad con los entes públicos. Tampoco habría lugar a los planteamientos sutiles sobre la existencia de personas jurídicas públicas, mas no estatales, pues cada una de las dos categorías tendría su régimen particular; sin embargo, no podría predicarse la existencia de una línea divisoria absoluta entre ambas categorías, pues insistimos en que el núcleo de las personas jurídicas estatales está regido por normas de derecho público.

De otro lado, es preciso subrayar que la diferencia entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas estatales es posible derivarla también del concepto orgánico o subjetivo de *sector público* contemplado en los artí-

culos 289, numerales 1 y 3, y 67 del texto constitucional, los cuales encuentran desarrollo en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que claramente en su artículo 6, distingue entre personas jurídicas públicas (la República, los estados, los municipios, el Distrito Metropolitano, los Distritos, y las *personas jurídicas estatales de derecho público*) y las personas estatales de derecho privado (las sociedades mercantiles, las fundaciones, las asociaciones y sociedades civiles).

Hay que admitir que al haber consagrado la Ley en comento una categoría de personas jurídicas hasta ahora inédita en el ordenamiento jurídico venezolano —que no en el Derecho Comparado—, la división propuesta anteriormente (personas jurídicas estatales y personas jurídicas públicas) sufre un serio atentado en su fundamentación. No obstante, la inclusión de las *personas jurídicas estatales de derecho público* suscita graves dudas, en virtud de que la Constitución —como ya lo expresamos— establece una clara diferencia entre personas jurídicas públicas y estatales, máxime si se toma en cuenta que a los efectos de la formulación de la propuesta acerca de la división que origina esa diferencia se opta para los efectos de la determinación de la variable «encuadramiento en la estructura organizativa de la Administración Pública», únicamente por la participación patrimonial mayoritaria del Estado, la cual quedaría casi desnaturalizada, de admitirse que dentro de las personas jurídicas estatales existe una subcategoría denominada «personas jurídicas estatales de derecho público». Pensamos que se trata de una extralimitación del legislador, en razón de que dicha subcategoría no es posible derivarla de la normativa constitucional, visto que la misma más bien apunta hacia la calificación de los entes estatales como de derecho privado (art. 145 y 300).

Por otra parte, es bien difícil imaginarse, atendiendo a la definición de persona jurídica estatal (encuadramiento en la Administración Pública, sobre la base la participación patrimonial) una modalidad de éstas que resulte estatal pública, por supuesto que excluyendo el criterio de la tutela para perfilar ese encuadramiento, salvo calificación expresa de la Ley. En efecto, ninguna sociedad mercantil estatal debería, si se atiende a los preceptos constitucionales, revestir carácter público, pero además carecería de sentido práctico crear una sociedad mercantil, que siempre constituye una expresión de la descentralización funcional, mediante ley, cuando el artículo 300 constitucional, faculta a la Administración para que ordene su creación mediante un acto de rango sublegal, precisamente porque la función administrativa es inherente al Poder Ejecutivo, cuyos titulares pueden apreciar atendiendo al interés general la conveniencia y la oportunidad de la creación de este tipo de entes.

Por tanto, resulta dudoso que el legislador adopte una previsión de esa naturaleza, pero si lo llegare a hacer siempre resultaría bastante discutible, y en todo caso, aun apegándose a la letra de la citada ley, debería tener un carácter excepcionalísimo. Los mismos argumentos son válidos para negar que una fundación, una asociación civil o una sociedad civil, todas con carácter estatal, revistan el carácter de personas jurídicas estatales públicas. En otros escenarios las universidades nacionales, por detentar una gran autonomía, morigerada ciertamente por las atribuciones del Consejo Nacional de Universidades, y aunque no están sujetas al control de tutela de ningún Ministerio, dicho control no prefigurado ciertamente como tutela clásica, existe en el presupuesto, en las directrices emanadas del Consejo Nacional de Universidades, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, etc; por consiguiente, debe admitirse que el control existe, pero en el marco de la tesis antes formulada sería soslayado como criterio para identificar el tantas veces mencionado «encuadramiento» en la estructura organizativa del Estado, de lo que se inferiría que las universidades nacionales son personas jurídicas de derecho público «ope legis», mas no estatales, siempre en el marco —reiteramos— de la postura que apareja a las personas estatales únicamente a la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, pues de lo contrario habrá que aceptar que se trata de un ente público estatal.

Tampoco es posible calificar como personas jurídicas estatales de derecho público a los colegios profesionales, pues antes quedó demostrada la imposibilidad de encuadrarlos en la estructura organizativa de la Administración Pública, ni tampoco, por las mismas razones, a las academias científicas y los Institutos de Previsión Social de los profesionales, también creados por ley.

En el paneo que terminamos de hacer por todas las modalidades de personas jurídicas públicas y estatales, falta el Banco Central de Venezuela, que al igual que las Universidades Nacionales goza de una gran autonomía, y también es un ente público, pero por definición constitucional (art. 318). Está sometido a controles de legalidad y de gestión por parte de la Contraloría General de la República y la propia Asamblea Nacional; de modo, pues, que al no aparecer encuadrado en la organización administrativa del Estado, ya que tampoco posee la naturaleza de una sociedad anónima, como ocurría hasta 1992, razón por la cual se acerca a un ente institucional o fundacional, por lo que resulta dudoso cualquier intento de calificación del Banco Central de Venezuela como una especie de la categoría de las personas jurídicas estatales de derecho público, a la que se contrae el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

El anterior «paneo» sobre todas las modalidades o especies de personas jurídicas estatales y públicas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano, parece demostrar la inexistencia de personas jurídicas estatales de derecho público, como las prevé el dispositivo legal bajo examen, lo que no quiere decir que la discusión esté terminada.

Debemos añadir que de conformidad con el artículo 300 de la Constitución para constituir entes descentralizados funcionalmente, los cuales deben reputarse de naturaleza estatal, pues cabe recordar que una de las condiciones esenciales para la creación de un ente público es que sea mediante ley, salvo el caso excepcional de las universidades, el Estado debe dar cumplimiento a las condiciones que establezca la Ley, razón por la cual mediante decreto ordenará la constitución de la persona estatal, acudiendo a la forma originaria de derecho privado que le parezca más conveniente, y consecuentemente se ajustará al correspondiente régimen de derecho privado.

Sin embargo, pese a todos los razonamientos expuestos en los párrafos anteriores, debe admitirse que excepcionalmente el Estado podría constituir mediante ley un ente estatal de carácter público, si así lo decide, para lo cual aparece facultado por el artículo 303 de la Constitución que le ordena conservar la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) o del ente que se llegue a crear para manejar la industria petrolera. Efectivamente, decimos que es excepcional porque PDVSA, totalmente estatal, está constituida como sociedad mercantil, pero podría ocurrir que mediante ley se crease una nueva sociedad para sustituirla, y se expresase, como ocurre con la sociedad de Transporte y Ferrocarriles española Renfe, cuya ley establece que es un ente público, actuando en un régimen de derecho mercantil. Sólo de esa manera podría acudir a la creación de una persona jurídica estatal de derecho público, en virtud de que estaría «encontrada» en la estructura organizativa del Estado, atendiendo a la variable patrimonial (posesión de la totalidad de las acciones), y sería pública por obra de la ley de creación. Insistimos en que una persona jurídica con esas características, pero sin esa denominación, no resulta desconocida en el Derecho Comparado, especialmente en España, Italia y Francia, sobre todo en el ámbito de los denominados entes económicos.

6.5. Conclusiones derivadas de la relación entre personas jurídicas estatales y personas jurídicas públicas

En razón de que la consagración constitucional de las personas jurídicas estatales, así como del establecimiento de la modalidad de las personas

jurídicas estatales de carácter público en el dispositivo de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que define dicho sector (art. 6, num. 7), plantea un panorama jurídico controversial, dado el carácter didáctico del libro, a continuación esbozamos sintéticamente nuestras conclusiones sobre el asunto:

Primera

La categoría de las personas jurídicas o entes estatales era conocida doctrinaria, mas no normativamente bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Su construcción conceptual obedecía al «encuadramiento del ente» en la organización administrativa del Estado, para lo cual era necesario determinar si dicho ente estaba sometido al control de tutela por parte de la Administración Central, o ésta tenía en el mismo una participación patrimonial mayoritaria.

Segunda

La Constitución de 1999 en varios de sus artículos consagra la figura de los entes estatales, estableciendo una clara diferencia entre ellos y los entes públicos, cuando establece el carácter privado de los primeros, y apunta hacia su creación por parte de la Administración Pública sobre la base de la variable de la participación patrimonial.

Tercera

De mantenerse la concepción doctrinaria que erige como variables determinantes del aludido «encuadramiento» del ente al control de tutela y la participación patrimonial mayoritaria del Estado, entonces en principio toda persona jurídica pública será estatal, por ejemplo, los institutos autónomos, las universidades, etc., pero no toda persona estatal deberá reputarse pública, verbigracia las empresas del Estado, las fundaciones, asociaciones y sociedades del Estado, las cuales tienen carácter privado. Excepcionalmente existirán personas jurídicas públicas, que no son estatales, como los colegios profesionales, de los cuales no es posible predicar su encuadramiento en la estructura organizativa del Estado, ni por la vía del control de tutela, ni por la vía la participación patrimonial.

Cuarta

De conformidad con el marco normativo sobre las personas jurídicas estatales reflejado en la Constitución de 1999, es posible predicar una clara diferencia entre *entes estatales* y *entes públicos*, basada en la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, a los fines de la deter-

minación del encuadramiento del ente en la estructura organizativa de la Administración Pública. Y atendiendo a esa diferencia puede postularse que todos los entes estatales revestirán carácter privado, lo que excluye la existencia de entes estatales de carácter público, tal como aparecen previstos en el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Por supuesto que esta es una tesis sujeta a revisión, pues supone la exclusión del control de tutela como indicador del «encuadramiento del ente» en la estructura organizativa del Estado.

Quinta

El último dispositivo legal antes citado pareciera colidir con los artículos 145 y 300 de la Constitución, motivo por el cual se impondría estudiar la posibilidad de su inaplicación por parte de las autoridades competentes, lo que mantendría inalterada la neta distinción entre entes públicos y estatales, siempre articulada únicamente sobre la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, a los fines de configurar el «encuadramiento» del ente en la estructura organizativa de la Administración Estatal. En el contexto de esta tesis de todas maneras habría la posibilidad, de conformidad con el artículo 303 de la Constitución, por vía excepcional, de constituir un ente estatal de carácter público.

6.6. Personas jurídicas de derecho público corporativas o asociativas y fundacionales e institucionales

Esta clasificación encuentra aplicación en Venezuela, por supuesto que en lo concerniente a los entes públicos no territoriales, es decir, descentralizados funcionalmente. Pero hay que tener mucho cuidado en evitar hacer una indebida equiparación automática entre entes estatales y entes públicos, pues los primeros también tienen su origen en la figura de la descentralización. Pues bien, si se atiende a la mencionada observación es posible ubicar en términos generales entre los entes corporativos a las universidades nacionales, los colegios profesionales, los institutos de previsión social de los colegios profesionales, las academias científicas y las iglesias, sin ninguna duda la católica, todos con un sustrato corporativo integrado por personas (*universitas personarum*), y entre los entes fundacionales o institucionales a los institutos autónomos, y de alguna manera al Banco Central de Venezuela, los cuales detentan un sustrato real, constituido por un conjunto de bienes que se afectan al logro de un fin (*universitas bonorum o rerum*).

Hay que advertir, como enseñan los autores y la realidad, que el Derecho Positivo trasciende las mejores construcciones clásicas u ortodoxas en el mundo del Derecho, obligando muchas veces a su revisión, o sencillamente a admitir posturas eclécticas. Eso es precisamente lo que ocurre cuando en Venezuela se acude a la clasificación bajo examen, y en la categoría de las personas jurídicas fundacionales es posible encontrar algunas de ellas, las cuales cumplen con tener su origen en el proceso de descentralización funcional, y en la afectación de una masa de bienes para la consecución de un determinado fin vinculado al interés general, pero que a la vez tienen un sustrato corporativo, verbigracia el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el personal del Ministerio de Educación (Ipasme), y el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, entre otros. Pese a esas atipicidades los rasgos generales de dichos entes públicos conducen a ubicarlos en la categoría de entes fundacionales o institucionales, sólo que el operador jurídico debe tenerlas muy presentes en el momento en que le corresponda abordar un caso relacionado con cualesquiera de esos institutos autónomos.

Cabe advertir finalmente que algunos autores durante la vigencia de la Constitución de 1961 afirmaban que en la clase entes asociativos entraban algunos (poquísimos) con forma de sociedad anónima, creados mediante ley, en los cuales la totalidad del capital accionario pertenecía al Estado. Concretamente mencionaban el desaparecido Banco de Desarrollo Agropecuario y al Banco Industrial de Venezuela. Por tanto, la única especie de esa pretendida categoría sería el último de los bancos mencionados, lo que de alguna manera replantearía el problema que suscita la consagración de las personas jurídicas estatales de derecho público en el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, pues pudiera pensarse que el Banco Industrial sería una especie de este género. Sin embargo, esa discusión que en nuestro criterio aparecía ya superada, porque esa entidad bancaria, en su ley de creación no es definida en ninguna parte como *ente de derecho público*, y por el contrario, el texto legal la dibuja como una persona jurídica privada, y por ende, regulada por el derecho privado, con la particularidad, y única diferencia, con los demás entes privados, de que es creado por una ley formal. Pero nos preguntamos nosotros ¿caso basta únicamente que una ley cree un ente, para que automáticamente revista carácter público?, máxime si éste aparece configurado en dicha ley con todas las características propias de una sociedad anónima, al punto que el texto legislativo podría ser cambiado perfectamente por unos Estatutos redactados por particulares.

Ante esta interrogante respondemos que si bien se puede admitir que toda persona jurídica de derecho público tiene que ser creada por ley, no toda

persona jurídica que tenga su origen en una ley, necesariamente detenta naturaleza pública; por consiguiente, resulta factible y posible la creación de una persona jurídica de derecho privado mediante una ley, que consideramos es la situación, un tanto atípica, que se presenta con el Banco Industrial de Venezuela. Si bien esa fue la tesis que esgrimimos para negar el carácter público del aludido Banco, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, estimamos que la misma mantiene su validez, y ahora con mayor basamento, puesto que se corresponde con la figura de las *personas jurídicas estatales de derecho privado*, contempladas en el artículo 145, así como en los artículos 180, 190 y 300 constitucionales, sin que resulte desvirtuada por el citado artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, tal como lo expusimos precedentemente.

También estaba considerado como ejemplo de las personas jurídicas asociativas de derecho público el Banco Central, pero habría que decir que hasta diciembre del año 1992, cuando fue reformada la ley que lo regulaba. Efectivamente, dicho texto normativo derogado pautaba en su artículo 1:

El Banco Central de Venezuela creado por ley de 8 de septiembre de 1939 es una *persona jurídica pública* con la forma de Compañía Anónima, cuyo domicilio está en la ciudad de Caracas, y con un término de duración indefinido. [Énfasis añadido.]

Además otras disposiciones de ese mismo texto estaban especialmente destinadas a regular la forma de sociedad anónima del Banco, tales como las que integraban el Capítulo 111 intitulado «Del Capital y las Acciones». Pero en la ley que entró en vigencia el 4 de diciembre de 1992 se eliminó la referencia a la forma de sociedad anónima que detentaba el Banco, la cual desaparece de su definición, consagrada en el artículo 12 del mencionado texto legislativo así: «El Banco Central de Venezuela, creado por la Ley del 8 de septiembre de 1939, es una *persona jurídica pública de naturaleza única*», y además el capítulo III de la anterior ley que regulaba al capital y las acciones es sustituido por uno relativo al patrimonio. Ahora bien, evidentemente que se logró la eliminación de la forma de sociedad anónima con que la Ley derogada configuraba expresamente al Banco. Sin embargo, es preciso acotar que pese a las citadas disposiciones de la Ley vigente, todavía se mantienen previsiones, sobre todo en lo atinente a su organización, que reflejan una estructura propia de los entes societarios. Pensamos que no resultaba necesario, en aras de poner término a la dicotomía que presentaba el Banco entre persona jurídica de derecho público y sociedad anónima, la que por lo demás sirvió en 1985 a la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, para declarar que el Presidente de dicha Institución, dada su forma de

sociedad anónima, era un mandatario «ad nütum», prescribir que era una persona jurídica pública de naturaleza única, pues tal disposición sólo sirve para generar confusión, en virtud de que lo más importante a los fines de la definición de la naturaleza de esta institución era su calificación como pública o privada, y resulta claro que al definirla como una persona de derecho público en ese mismo artículo, automáticamente se le estaba identificando su naturaleza, ya que si lo que se pretendía —reiteramos— era eliminar la confusión que eventualmente podría originarse con la expresión «persona jurídica de derecho público con la forma de Compañía Anónima», bastaba, como en efecto se hizo, con omitir toda referencia a esa forma jurídica originaria de derecho privado.

Pero cualquiera duda que todavía pudiese suscitarse durante la vigencia de la Ley de 1992 con relación a la naturaleza jurídica del Banco, queda totalmente despejada en la Constitución de 1999, que en su artículo 318 además de atribuirle la competencia exclusiva y excluyente del Poder Nacional en materia monetaria, así como en la regulación del crédito, las tasas de interés, y la administración de las reservas internacionales, lo define en forma indubitable como una *persona jurídica de derecho público*. De modo, pues, que el marco regulatorio constitucional del Banco Central conduce a excluirlo de la categoría de los entes públicos asociativos o corporativos, en primer lugar, porque no aparece ni un asomo del sustrato corporativo, en segundo lugar, porque no reviste consecuenzialmente la forma de sociedad anónima, y en tercer lugar porque la definición de ente público contenida en la Constitución, así como las trascendentes competencias que le son atribuidas, permite pensar que debe ser ubicado en los entes fundacionales o institucionales.

En materia de clasificación de los entes públicos hay que aludir brevemente a los territoriales y no territoriales, estando los primeros identificados en el artículo 16 de la Constitución, a saber la República, los Estados, el Distrito Capital o Metropolitano y los Municipios, los cuales en general resultan de la forma de estado federal descentralizado que el artículo 4 *ejusdem* le confiere a Venezuela. Los no territoriales, son aquellos en que a diferencia de los primeros el territorio no resulta su elemento constitutivo, y resultan, como ya se dijo del proceso de descentralización funcional, institucional o por servicio, acometido por cada uno de los entes territoriales, dando lugar a entes públicos no territoriales nacionales, estatales y municipales.

6.7. Identificación de las personas jurídicas de derecho público

Evidentemente que la identificación de los entes de derecho público pasa, en primer lugar, por ubicar la norma o las normas del ordenamiento jurídico que las define o contribuye a identificarlas de manera general, que no son otras que las relativas a la regulación del elemento plurisubjetivo del Estado. Así por ejemplo, en nuestro país el artículo 19 del Código Civil, que analizaremos más adelante, prescribe que son personas jurídicas de derecho público la Nación y las Entidades políticas que la componen, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público. Igualmente los artículos 318, 319, 159, 168, y 180 se refieren a las personas jurídicas de derecho público, algunas en forma general, y otras veces como en el caso de los artículos 318, 159 y 168 para identificar a particulares entes públicos, como el Banco Central de Venezuela, los Estados y los Municipios. Por supuesto que de los problemas atinentes a la identificación de las personas jurídicas, están excluidos los entes territoriales, definidos como tales tanto por la Constitución, como por el Código Civil, instrumento éste que también enumera en esa categoría, lógicamente no territoriales, a las universidades y a las Iglesias, razón por la cual los referidos problemas giran en torno a los entes públicos descentralizados funcionalmente que aparecen no tipificados, denominados por el referido Código como «demás seres morales de carácter público».

Por lo tanto, si de lo que se trata es de identificar a un ente que encuadra en cualesquiera de esas categorías, entonces deberá reputarse como público. De todas maneras cuando se trate de un ente no territorial siempre será prudente acudir al respectivo texto que lo crea, a los fines de determinar si existe una definición expresa del mismo. En caso de que existiera funcionaría como una disposición normativa confirmatoria de la naturaleza, y ante el silencio de la ley, funciona el encuadramiento en la categoría general, por lo que deberá concluirse que tiene naturaleza pública.

En la hipótesis previsible de que no resulte posible ubicarlas en las citadas categorías generales, el primer paso debe ser acudir a la ley que regula el ente, de tal suerte que si en el texto legislativo aparece definido como público, entonces privará esta disposición de derecho positivo, y por tanto, se descartará la idea de acudir a los otros métodos o teorías de identificación de las personas jurídicas de derecho público (formas jurídicas originarias, teoría del fin, índices de reconocimiento y relación de servicio), e igualmente cualquier intento de interpretación tendente a desvirtuar la definición legislativa. Quizás esta forma pragmática de identificación cobre

mayor importancia en Venezuela, debido, a que en principio, sólo es posible crear figuras subjetivas de derecho público mediante ley.

6.8. Examen de la norma del Código Civil (art. 19) sobre el elemento plurisubjetivo del Estado, en lo concerniente a los entes públicos

Conforme a la teoría italiana sobre los ordenamientos jurídicos, cada Ordenamiento General tiene la aptitud para seleccionar o escoger los elementos integrantes de su sustrato subjetivo, mediante su consagración en una o varias disposiciones legales. En el caso venezolano una de las normas fundamentales sobre el elemento plurisubjetivo está contenida en el artículo 19 del Código Civil de 1942, reformado parcialmente en 1982, el cual preceptúa:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

- 1° La nación y las entidades políticas que la componen.
- 2° Las iglesias de cualquier credo que sean, las universidades y en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público...

La lectura del dispositivo transcrito parcialmente, revela que el legislador fue receptivo de la tesis doctrinaria que postula que las personas jurídicas de base territorial son de por sí entes públicos, razón por la cual estatuyó que son entes públicos la República, los Estados y los Municipios. Hay que advertir que la Constitución de 1999, si bien no define expresamente a la República como ente público, de varios de sus artículos, que examinaremos más adelante, se desprende inequívocamente dicho carácter. En cambio, en el caso de los Estados el texto constitucional establece claramente en el artículo 159 que son entidades autónomas con «personalidad jurídica plena». Sin dudas que la utilización del vocablo «plena» no deja de ser una impropiedad conceptual, pues en principio todas las personas jurídicas, resultan de la equiparación por parte del ordenamiento jurídico con la persona natural que es la dotada de la mayor subjetividad; luego a la luz de este basamento teórico todas las personas jurídicas son iguales en producción e imputación de efectos jurídicos; lo que sí puede ocurrir, como expresamos antes, es que algunas figuras subjetivas no revestidas de personalidad jurídica, detenten un mínimo de subjetividad, pero obviamente no es el caso de los Estados que integran la República.

Igualmente los Municipios aparecen definidos como personas jurídicas en el artículo 168. Más adelante los artículos 170 y 180 constitucionales prevén las categorías de «entes públicos territoriales» y «entes politicote-

rritoriales», los cuales indudablemente están referidos tanto a los Estados como a los Municipios, perfeccionando de esa manera su definición de entes públicos. En suma, las únicas personas jurídicas de derecho público de base territorial, o dicho de otra manera, para las cuales el territorio resulta esencial a su existencia, son la República (el Estado), los Estados y los Municipios, y después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el denominado Distrito Capital o Metropolitano contemplado en el artículo 16.

Cabe aclarar en este punto que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Italia y España, en los cuales las Regiones son verdaderas personas jurídicas territoriales, en Venezuela, la figura de la región, cuando se intentó regionalizar al país, fue una creación de rango sublegal, de naturaleza puramente administrativa, tendente a optimizar la actuación de los órganos de la Administración Central en espacios, previamente delimitados mediante decretos, del territorio nacional; por tanto, además de no tener base territorial, carecen de personalidad jurídica.

De modo, pues, que no existiendo ninguna posibilidad de que se susciten distintas tesis interpretativas acerca de la identificación de las personas jurídicas de derecho público, de base territorial, en virtud de estar constituidas por un número cerrado, por disposición de las normas del Ordenamiento Jurídico General atinentes a los elementos que componen su sustrato subjetivo, resta solamente entrar a examinar el artículo 19 del Código Civil en lo que respecta a las personas jurídicas no territoriales, o descentralizadas funcionalmente. Y se observa que en primer lugar alude a las *universidades* —debe entenderse que las nacionales, pues las privadas, pese a que su finalidad pueda coincidir parcialmente con el interés público, son de derecho privado— entes sobre los cuales actualmente no existe ninguna duda acerca de su naturaleza de persona jurídica de derecho público, no obstante, observa Caballero Ortiz (1984), que el referido vocablo debería indicar más bien «masa de bienes», ya que para la fecha en que aparece por primera vez en el Código Civil, estos institutos de educación superior eran órganos dependientes del Ejecutivo Federal, y por tal razón carecían de personalidad jurídica.

La mencionada observación tiene un valor académico, puesto que evidentemente si no existían las universidades como institutos personificados, mal podían ser incluidas dentro del esquema normativo bajo examen, no obstante esa inclusión pudo haber obedecido a la voluntad del legislador de darle ese carácter a partir de la entrada en vigencia del Código, a las Universidades, lo cual resulta perfectamente ajustado a una correcta técnica legislativa, o bien pudo obedecer a una inadvertencia del legislador, al transcribir en él una disposición de un instrumento jurídico extranje-

ro, que bien pudo ser de Francia, pues no debe olvidarse, como se expuso precedentemente, que fue en ese país donde se originaron los denominados establecimientos públicos, de base no territorial, siendo sus modalidades emblemáticas durante mucho tiempo, precisamente *las universidades* y los hospitales.

Sin desconocer —reiteramos— la importancia de la observación de Caballero Ortiz, lo importante para el desarrollo del presente trabajo es dejar sentado que las universidades nacionales son entes públicos de naturaleza corporativa, dotados de una gran autonomía, pues conforme al artículo 9 de la Ley de Universidades tienen autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera. Más aún: esa autonomía se refuerza por ser uno de los pocos entes públicos descentralizados funcionalmente, que no están adscritos a ningún órgano de la Administración Central, razón por la cual escapan al control de tutela que ejerce la Administración Central sobre los demás entes descentralizados institucionalmente, sin que ello signifique que escapen a todo tipo de control por parte del Estado, la cual ejerce, como se dijo antes, por medio del Consejo Nacional de Universidades. Además, a diferencia de las restantes personas jurídicas públicas no territoriales, son creadas por un instrumento de rango sublegal, en razón de que así lo dispone el artículo 8 de la Ley de Universidades, en los siguientes términos: «...Las Universidades Nacionales adquirirán personalidad jurídica con la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del Decreto del Ejecutivo Nacional por el cual se crean».

Por lo que concierne al carácter de personas jurídicas de derecho público de las «Iglesias de cualquier credo», como pareciera desprenderse del artículo 19, ordinal 2º del Código Civil, es necesario destacar que se han suscitado dudas acerca de dicho carácter. Así Lares Martínez (1990) sostiene: «Quedan comprendidas en esta expresión la Iglesia Católica y las demás que se constituyan en el país para practicar cultos y obtengan del Ejecutivo Nacional el reconocimiento de que sus leyes internas no contrarían los principios de orden público contenidos en la Constitución y leyes de la República». En cambio, Caballero Ortiz afirma sobre el mismo tema «...no parece tener mayor sentido el que se repunte a las iglesias de cualquier credo que sean, como seres o cuerpos morales de carácter público». Lamentablemente el referido autor no aporta ningún argumento que sustente dicha afirmación. Sin embargo, sin entrar a analizar el tema, porque escapa a los objetivos del trabajo, queremos dejar sentado que por lo menos la Iglesia Católica detenta, en Venezuela, personalidad jurídica de derecho público, porque así lo establece categóricamente el artículo 4 de la Ley Aprobatoria del Convenio (*modus vivendi*) celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede Apostólica, en los siguientes tér-

minos: «Se reconoce a la Iglesia Católica de la República de Venezuela como persona jurídica de *derecho público*...».

En suma, queda fuera de toda duda que la Iglesia Católica debe reputarse como una persona jurídica de derecho público, por disponerlo, no tanto el Código Civil, sino más bien una Ley especial, no obstante, estimamos que resulta necesario profundizar en el análisis del artículo 19, ordinal 2° del Código Civil, sobre todo acudiendo al instrumento de la investigación histórica, para llegar a una conclusión definitiva que afirme o niegue el carácter de entes públicos a las iglesias de cualquier credo. Finalmente, cabe precisar que los demás «seres o cuerpos morales» a que alude el dispositivo normativo en comento, son los que integran a la Administración Descentralizada funcionalmente, tanto a nivel nacional, estatal y municipal, dentro de los cuales destacan los Institutos autónomos contemplados en el artículo 142 constitucional, los colegios profesionales creados por leyes especiales, previstos de manera general en el artículo 105 ejusdem, y las academias (Ciencias Políticas y Sociales, de la Historia, de la Lengua, de Ciencias Físicas y Matemáticas y de Ciencias Económicas) contempladas en sus respectivas leyes de creación.

6.9. El Régimen jurídico de los entes públicos descentralizados funcionalmente

Nos referiremos en este acápite exclusivamente, en forma sucinta, a los rasgos generales que caracterizan al régimen jurídico de los entes públicos no territoriales, pues el relativo a los territoriales enumerados fundamentalmente en la Constitución, escapa a los objetivos del presente trabajo. Y en ese orden de ideas ha de advertirse que los rasgos que mencionaremos resultan del examen de distintos instrumentos normativos, en virtud de que todavía pese a los múltiples intentos, durante más de veinte años, el Parlamento no ha logrado el consenso para sancionar una Ley de la Administración Descentralizada. Cabe destacar dentro de esos rasgos: a) La reserva legal en materia de creación de entes públicos, motivo por el cual toda persona jurídica de esta naturaleza únicamente puede ser creada por ley formal o por acto normativo con fuerza de ley.

En relación a este elemento cabe advertir que el mismo se infiere de una interpretación extensiva del artículo 142 constitucional, antes 230, que establece que sólo mediante ley pueden ser creados *institutos autónomos*. Es cierto que el precepto constitucional alude únicamente a una modalidad de los entes públicos, a diferencia por ejemplo de la Ley italiana, que estatuye que todo ente público debe ser creado mediante ley. Sin embargo, debe admitirse que el *instituto autónomo* es la modalidad más emblemática de los entes públicos no territoriales en Venezuela, debido

a su trascendente importancia, tanto cuantitativa como cualitativa. En efecto, la gran mayoría de los entes públicos están constituidos en forma de institutos autónomos, y no debe olvidarse que esa fue la forma de personificación que adoptaron en 1928 las primeras entidades descentralizadas funcionalmente (Banco Obrero y Banco Agrícola y Pecuario) en Venezuela, e igualmente los entes públicos de mayor importancia desde el punto de vista cualitativo, también adoptan ese módulo de personificación.

De allí que la interpretación extensiva, o en todo caso analógica, derivada de la semejanza estructural de la situación relativa a la creación de esta categoría de entes públicos, con cualquier otra modalidad de los mismos, por ejemplo, cuando se crea un colegio profesional, conduzca sin mayores obstáculos a postular que la reserva legal se extiende a cualquier tipo de ente público que pretenda crear la Administración, mediante la fórmula de la descentralización funcional. Además tal tesis interpretativa está en sintonía con la realidad, en tanto que desde 1961 cuando se ha creado un ente público se ha hecho mediante ley, lo que sin dudas revela que las autoridades del Estado siempre han derivado —antes del artículo 230— y ahora del 142 de la Constitución, la tesis que propugna la necesidad de una ley para la creación de un ente público.

Por supuesto, que de privar esta tesis los órganos del ente creado carecerán de competencia, por mucha que sea su autonomía, para decretar su propia extinción, pues siguiendo el paralelismo de las formas, pero sobre todo preservando el respeto al artículo 218 constitucional, que estatuye la necesidad de que una ley sea modificada o derogada por otra ley, resulta indispensable para extinguir a un ente público en Venezuela, que se haga mediante una ley, o mediante un acto con fuerza de ley. b) Los entes públicos están dotados de la potestad de autotutela, tal como se desprende de los artículos 8, 81, 82, 83, 84, 94 y 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; c) En general los funcionarios que le prestan servicios a los entes públicos están regidos por una ley especial diferente a la que regula a los que prestan servicio a los patronos privados, articulada sobre el principio de la relación estatutaria, que en este caso es la Ley de Carrera Administrativa, sin que ello obste para que el ordenamiento arbitre fórmulas legales que le permitan suscribir, bajo determinadas condiciones, convenciones colectivas de trabajo. d) En ejercicio de sus potestades administrativas los entes públicos están regidos por leyes especiales, que en el caso de Venezuela es en términos generales la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que delinea el procedimiento ordinario o sumario de actuación de esta clase de entes, pero los cuales pueden ser modificados por leyes especiales, es decir, por el instrumento normativo mediante el cual se crea el ente; e) Los entes pú-

blicos en sus actuaciones detentan la prerrogativa de la autarquía, en virtud de que sus actos tienen la misma naturaleza y efectos que los proveimientos que dictan los órganos de la Administración Central, tal como se desprende de los artículos 8, 79 y 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; f) Están sujetos a particulares relaciones con los entes territoriales que los crean, que generalmente son de tutela, tal como lo establece el artículo 37, numeral 12, de la Ley Orgánica de la Administración Central, y el artículo 15, numeral 1, del Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones Civiles del Estado, a la Administración Central.

Esa relación se traduce esencialmente en actividades de control que ejerce la Administración Central, pero que no resultan generalizables, en virtud de la inexistencia de la antes mencionada Ley de la Administración Descentralizada, pues cada ley de creación establece mecanismos contralores que se ajustan a la particularidad de cada ente, y lógicamente pueden coincidir o diferir unos de otros. Cita Caballero (1984) entre los más importantes el control sobre los contratos, sobre las tarifas, sobre la venta de bienes inmuebles, sobre los reglamentos internos, sobre el presupuesto, sobre las actividades en general, sobre el balance y sobre los actos administrativos; g) Los actos que dicten los entes públicos deben ser impugnados ante una jurisdicción diferente a la ordinaria, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como lo prevé el artículo 259 de la Constitución, y los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, todavía parcialmente vigente; h) Los entes públicos están sujetos al control externo de la Contraloría General de la República, pues así lo establece el artículo 289 de la Constitución, y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

6.10. Conclusiones sobre el régimen de las personas jurídicas de derecho público

Dada las dificultades que se suscitan en la exposición de un tema complejo como las personas jurídicas de derecho público, máxime si se pretende hacerlo en forma sucinta, como en el presente caso, consideramos necesario, por razones didácticas, formular las conclusiones que se derivan de todo lo expuesto anteriormente. Son las siguientes:

Primera

De conformidad con la Teoría de los ordenamientos jurídicos formulada por SANTI ROMANO (1945) y MASSIMO SEVERO GIANNINI (1990), las personas jurídicas son una especie del género de las figuras subjetivas, las

cuales a su vez se originan en la aptitud del Ordenamiento Jurídico General (Estado) para, mediante un acto de normación, seleccionar los elementos que forman su componente plurisubjetivo.

Segunda

Originariamente las personas jurídicas de derecho público se identificaban por el módulo utilizado para su personificación («formas jurídicas originarias»), estando dichas formas de derecho público caracterizadas porque la base territorial resultaba esencial para su existencia. Se limitaban al Estado, a las Provincias, Regiones y Municipios, así como las de Derecho Privado estaban reducidas a las asociaciones, sociedades y fundaciones.

Tercera

El criterio de las «formas jurídicas originarias» perdió casi toda su utilidad en la identificación de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, cuando surgió el establecimiento público, como persona jurídica no territorial, encargada de prestar un servicio público, cuyo número se incrementó posteriormente, y se extendió hasta los ámbitos industriales y comerciales (establecimientos públicos comerciales e industriales). Al surgimiento de esta figura se adiciona la utilización de formas jurídicas típicas de derecho privado, como las sociedades anónimas, para gestionar el interés público. La proliferación de entes públicos origina la formulación de un conjunto tesis para tratar de identificarlos a priori, entre las cuales cabe mencionar: a) la del fin institucional; b) la de los indicadores de reconocimiento de los entes públicos y; c) la de relación de servicio del ente con el Estado, ninguna de las cuales fue considerada suficiente por la doctrina para lograr el cometido de identificar a priori a las personas jurídicas de derecho público.

Quinta

En el ordenamiento jurídico venezolano están previstas las personas jurídicas de derecho público tanto en la Constitución como en el Código Civil, siendo posible clasificarlas en territoriales y no territoriales, y esta última categoría denominada también descentralizada funcionalmente, a su vez puede dividirse en corporativas o asociativas y funcionales o institucionales. Las corporativas integradas por los colegios profesionales, las universidades nacionales, las academias, las iglesias y las Fundacionales por los Institutos autónomos y el Banco Central de Venezuela. En todo caso para identificar una persona jurídica, la cual no sea encuadrable de manera directa en cualesquiera de las categorías genera-

les contempladas en la Constitución y en el Código Civil, sería deseable seguir el siguiente procedimiento : 1) Analizar el derecho positivo, pues si la Ley de creación la define como pública, resulta innecesaria cualquiera otra indagación, verbigracia como ocurre con los Colegios Profesionales. 2) En caso de que no resulte posible ubicar esa calificación en la ley, entonces sí entrará en juego todo el marco conceptual relativo a las tesis formuladas por la doctrina para identificar a los entes públicos, o sea, la teoría del fin, de los índices de reconocimiento, de la relación de servicio con el Estado, y de las formas jurídicas originarias. Se tratará de una operación de reflexión jurídica, que impondrá estudiar en primer lugar el contexto normativo (legal y estatutario). Todos los pasos posteriores al primero deben darse en forma armonizada, para tratar de llegar a una conclusión en torno a la figura subjetiva, cuya naturaleza pública o privada pretende determinarse. No debe olvidarse que en principio en nuestro Ordenamiento Jurídico todo ente público tiene que ser creado mediante una ley, salvo el caso de las universidades nacionales, que opera mediante un Decreto del Ejecutivo Nacional.

Sexta

El artículo 19 del Código Civil contiene una de las normas del Ordenamiento Jurídico General (Estado venezolano), que define los elementos que integran su componente subjetivo, y en lo atinente a las personas jurídicas de derecho público las identifica así: territoriales: la República, los Estados y los Municipios. No territoriales: las universidades nacionales, las iglesias —sin duda la Católica— y los demás seres o cuerpos morales, los cuales están constituidos por los entes descentralizados funcionalmente. La Constitución de 1999 incluye entre los territoriales al Distrito Capital o Metropolitano, y define expresamente como ente público no territorial al Banco Central de Venezuela.

Séptima

Lo más importante de destacar del régimen jurídico de los entes públicos descentralizados territorialmente en Venezuela, es la inexistencia de una disciplina general sobre los mismos, porque hasta ahora no ha sido sancionada una Ley de la Administración Descentralizada, no obstante los rasgos más importantes que se derivan del ordenamiento jurídico son: a) su creación es materia de reserva legal, b) el personal que le presta servicio está regido por una ley especial; c) detentan la potestad de autotutela, d) sus actos están revestidos de la nota de la autarquía, e) están sujetos al control de tutela por el Estado; f) están sujetos al control externo de la Contraloría General de la República; g) sus actos son impugnados ante una jurisdicción especial: la jurisdicción contencioso administrativa; y h)

en el ejercicio de sus competencias están regidas por una ley especial: La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyos procedimientos generales son susceptibles de derogación por las leyes de creación de los entes públicos.

Octava

Pese a que doctrinaria, normativa y jurisprudencialmente se utilizan varias denominaciones para referirse a los entes públicos, a saber: personas jurídicas públicas, establecimientos públicos, cuerpos morales de carácter público, figuras subjetivas de derecho público, e inclusive incorrectamente organismos públicos, a la luz del nuevo marco constitucional, las expresiones más generales son las de *entes públicos* y *personas jurídicas de derecho público*, ambas contempladas expresamente en la Constitución; de allí que resulta preferible usar, por los menos en los instrumentos normativos, esas dos expresiones, e ir dejando de lado por obsoletas las de establecimiento público y cuerpos morales de carácter público, la de figura subjetiva de derecho público, por carecer de sintonía en el ordenamiento jurídico venezolano, y la de organismo jurídico por constituir un grave error conceptual. De todas maneras en el ámbito doctrinario y jurisprudencial puede recurrirse a todas ellas, con excepción de la última mencionada, en virtud de que existe consenso acerca de que no alude para nada a la noción de ente público.

6.11. La personalidad jurídica del Estado

6.11.1. Breve recuento histórico relativo a la elaboración del concepto de personalidad jurídica del Estado

Como expusimos precedentemente, SANTAMARÍA PASTOR (1991) con mucha razón sostiene que a un jurista o a cualquiera persona informada de nuestro tiempo, le resulta natural admitir que el Estado o las distintas organizaciones públicas deban ser consideradas *como personas jurídicas*, si es que se quiere que dichas organizaciones puedan ser titulares de derechos y obligaciones frente a los ciudadanos, pero ese nivel de conceptualización no resultaba posible para los hombres de tiempos anteriores, quienes se vieron obligados a referirse a esas entidades inmateriales mediante fórmulas míticas o simbólicas. En lo concerniente a los mitos a partir de los cuales se construye el concepto de la personalidad jurídica del Estado, cita los siguientes: a) la fábula organicista; b) el concepto de corona y; c) el concepto de fisco. De los tres nos detendremos únicamente en el último, por la confusión que en la doctrina menos reciente suscitó en cuanto a la personalidad jurídica del Estado.

El término fisco —«fiscus» en latín— originariamente en lengua latina servía para designar el recipiente para guardar monedas, concretamente donde era custodiado el dinero público. Durante la época del Principado Romano, pasa a designar la caja pública de la cual era titular el Emperador («fiscus caesaris»), el cual se contraponía al «aerarium populi Romani», que era la Caja Central del Estado Romano, bajo el control del Senado. En cambio, el «fiscus caesaris» estaba bajo el control directo del Príncipe o Emperador. En definitiva, era una especie de patrimonio separado —público— que se derivaba de la administración de varias provincias por el Emperador, que pasaron a llamarse «imperiales», frente a la mayoría controladas por el Senado —senatoriales—, de las cuales provenían los tributos que ingresaban al erario público («aerarium populi Romani»).

Durante el Estado Policía o período Absolutista nuevamente vuelve a ser utilizado el término, y se elabora la «Teoría del Fisco», la cual postula una distinción entre la persona del monarca, depositario de la soberanía, y una «persona ficta», que sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) constituye una ficción a la que se le reconoce la condición de persona jurídica privada, lo que va permitir utilizarle como centro de imputación de relaciones de tipo patrimonial e, incluso, someterle a los Tribunales ordinarios. Cabe advertir que algunos autores pretendieron derivar de la Teoría del Fisco surgida durante el Absolutismo una escisión de la personalidad jurídica del Estado, la cual sería de derecho público en tanto en cuanto actuase en ejercicio de poderes soberanos, y de derecho privado en tanto en cuanto actuase patrimonialmente, tesis que como veremos más adelante ha quedado totalmente descartada, en virtud de que la doctrina está conteste en que el Estado tiene una personalidad única.

Retomando la teoría en comento, cabe precisar que ella surge en el mundo anglosajón, y tuvo la importancia, según FLEINER citado por MARIENHOFF (1964), que permitió a los súbditos la posibilidad de demandar a la autoridad, en la persona del Fisco, ante sus propios tribunales territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviere carácter patrimonial. Esta importancia radica en que la característica fundamental del período Absolutista era la desvinculación absoluta del Monarca a la Ley; por consiguiente, antes de la formulación de la Teoría en comento, no resultaba posible demandarlo, o mejor dicho, demandar a la Administración, para reclamarle la responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de su actuación. Debe quedar claro que cuando esa actuación era «ius imperium», pese a la vigencia de «la Teoría del Fisco» no resultaba posible ningún tipo de acción ante Tribunal alguno.

Vale la pena hacer notar que esta Teoría no se conoció ni tuvo ninguna repercusión en Francia durante el período Absolutista, pero en cambio

después del advenimiento del Estado de Derecho, surgió de la doctrina del Consejo de Estado, la tesis de los denominados «actos de autoridad y actos de gestión», que en otro contexto se va a corresponder con la idea de la doble personalidad del Estado que se derivaba de la Teoría del Fisco, pues conforme a la tesis francesa, cuando el Estado dictaba actos de autoridad, lo hacía en ejercicio del «ius imperium», razón por la cual estaría regido por el derecho público, y cuando dictaba actos de gestión, descendía a igualarse con los particulares o administrados; por consiguiente, estaba regido por el derecho privado. Debe quedar claro que la tesis francesa en ningún caso conducía a la inmunidad jurisdiccional de la Administración, pese a que los actos fuesen calificados como expresión del «ius imperium», pues precisamente como fue formulada después del advenimiento del Estado Derecho, sirvió para identificar la jurisdicción por ante la cual debía demandar el ciudadano, pero en cambio sí denotaba la idea de la doble personalidad del Estado, que en otros países se había derivado de la teoría del fisco.

En el Derecho Moderno, debido al principio de la unicidad de la persona jurídica del Estado, prácticamente ha desaparecido el uso del término Fisco, al punto que GUIDO LANDI (1968) opina que «la noción jurídica del fisco como sujeto de derecho tiene hoy solamente un interés histórico, y los escritores de derecho público, en particular los administrativistas, que son los que más a menudo consideran necesario referirse a él, lo hacen desde un punto de vista meramente histórico, o tratan de la personalidad jurídica del Estado sin ni siquiera mencionarlo, o lo mencionan para negar su existencia». A pesar de esta opinión tan categórica, que dicho sea de paso, corresponde a la doctrina dominante, todavía en nuestro país encontramos que el término FISCO es utilizado por los legisladores. Así la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional lo menciona en varios de sus artículos (2, 4, 6, 9, 11 y 14 entre otros).

Pero si bien dicha utilización puede aparecer justificada, debido a que la versión originaria del mencionado texto legislativo tiene muchos años, y dichos dispositivos se han mantenido inalterados en las sucesivas modificaciones que éste ha sufrido, no se puede decir lo mismo de un texto relativamente reciente, como lo es el Código Orgánico Tributario de 1994, en el cual aparece el término Fisco en sus artículos 15, 197 y 201. Pero en todo caso hay que advertir, como veremos más adelante, que tal utilización del referido término parece inadecuada, porque la unicidad de la persona jurídica del Estado impide que la misma se ajuste a la acepción doctrinaria originaria, razón por la cual debe interpretarse el término «Fisco» en los referidos instrumentos normativos, como sinónimo de Estado.

Por otra parte, cabe recordar que en el origen del dogma de la personalidad jurídica del Estado, jugó un papel relevante la coyuntura derivada de la especial situación del régimen dualista imperante en Alemania, país donde surgió el referido dogma, debido a la discusión que se suscitó después de la Revolución Francesa acerca de la determinación del titular de la soberanía, pues los teóricos franceses sostenían que era el *pueblo o la nación*, y los alemanes sostenían que era *el emperador o rey*. En la búsqueda de una solución ante estas dos posiciones antagónicas, los alemanes optaron por proponer que el titular de la soberanía era el Estado, como realidad comprensiva del rey y del pueblo, y como la soberanía estaba constituida por un conjunto de potestades que debían ser ejercidas por una persona: ésta no podía ser otra que el Estado; de allí el origen de la formalización del dogma de la personalidad jurídica del Estado, que posteriormente va a ser complementada, como expresamos precedentemente, con la teoría del órgano de GIERKE, y la de los derechos subjetivos públicos de JELLINEK.

6.11.2. La unicidad de la personalidad jurídica del Estado

Como se expresó anteriormente, la casi totalidad de la doctrina reconoce actualmente que la personalidad jurídica del Estado es *única*, pero con aptitud para actuar en el campo del Derecho Público y del Derecho Privado, o dicho de otra manera, que es una persona jurídica única, de carácter público, pero cuya actividad, según los casos, puede estar regulada por cualesquiera de las ramas del derecho antes mencionadas. La referida aptitud no debe confundirse con personalidad, o sea, que debe rechazarse todo intento de escindir la personalidad jurídica del Estado en dos: una de derecho público y otra de derecho privado, pues como ha sostenido GARRIDO FALLA (1989) ello constituiría una «monstruosidad jurídica», en virtud de que —se insiste— el Estado como sujeto de derecho es siempre uno y único. Esta tesis la ilustra MARIENHOFF (1964), con un ejemplo tomado de Bulrich, que por ser sumamente didáctico, a continuación transcribimos:

Así el Estado A que está en guerra con el país B, es el mismo Estado A que otorga una concesión dentro de su territorio, o el mismo Estado A, que celebra un contrato de locación con un particular al alquilar una casa para oficinas. En el primer caso la relación es de derecho internacional público, en el segundo de derecho público interno y en el tercero de derecho privado, pero en los tres casos el sujeto de la relación es siempre el mismo Estado A. *La naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto.* [Énfasis añadido.]

Finalmente, sostiene SANTAMARÍA (1991) que la elaboración del dogma de la personalidad jurídica única del Estado, ha generado ventajas fun-

damentales en el campo jurídico administrativo, entre las cuales enumera las siguientes:

En primer lugar la técnica de la personalidad jurídica ha el que responde del permitido la construcción del Derecho Público como un conjunto de auténticas relaciones jurídicas entre las organizaciones administrativas y los ciudadanos. Conceptos cruciales como los de la unidad de la Hacienda Pública, de los derechos subjetivos y libertades públicas, de la contratación, serían muy difícil de construir al margen de aquel concepto.

En segundo lugar, la técnica de la personalidad entraña ventajas prácticas para los ciudadanos. De una parte, simplifica sus relaciones con las grandes Administraciones, que constituyen frente a ellos un único centro de imputación y de actuación... De otra, la garantía patrimonial del ciudadano se amplía espectacularmente: es todo el patrimonio de la persona jurídica pago de las deudas contraídas frente a él, y no sólo el patrimonio de un sector de la organización o de un concreto funcionario.

En tercer lugar la personalidad se ha manifestado como una técnica organizativa de primera importancia para la adecuada estructuración interna del conjunto de las Administraciones Públicas. Gracias a ella se ha podido construir el sistema de los entes públicos territoriales, cuya separación del Estado se ha montado precisamente sobre el dato de la personalidad jurídica independiente. Ha permitido, también, estructurar racionalmente el inmenso aparato de la Administración estatal, diversificando los centros de decisión y de responsabilidad mediante la técnica de las personificaciones instrumentales...

6.11.3. La personalidad jurídica del Estado venezolano

Pese a que la personalidad jurídica del Estado es una conquista del constitucionalismo, como sostiene DROMÍ (1983), no siempre surge de una norma expresa de la Constitución, pero no cabe duda que el Estado venezolano es la personalidad jurídica mayor, pues sólo a partir de la admisión de su existencia como realidad jurídica, resulta posible, debido a su carácter originario y absoluto predicar la de los demás entes públicos, empezando por los territoriales. En Venezuela, efectivamente la Ley Suprema no contiene una previsión expresa que reconozca o confiera personalidad jurídica al Estado. No obstante, la ausencia de la mencionada disposición no significa, como es lógico, que el texto constitucional pretenda excluir el carácter de persona jurídica del Estado, ya que por el contrario de múltiples de sus artículos se deriva sin ningún esfuerzo interpretativo dicho carácter, algunas veces bajo la denominación de República, otras bajo la de Estado (las más numerosas) o de Nación (las menos numerosas).

Así por ejemplo, los artículos 1 y 4 disponen respectivamente. «La *República Bolivariana de Venezuela* es irrevocablemente libre e independiente

y fundamenta su patrimonio moral... Son derechos irrenunciables de la *Nación* la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional». «La *República Bolivariana de Venezuela* es un *Estado* federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución...» [énfasis añadido]. En ese mismo orden de ideas se maneja el concepto de República como equivalente al de Estado en los artículos 10, 11, 12, 14, 16 y 18 *ejusdem*. De otra parte, la personalidad jurídica del Estado Venezolano se desprende aún más inequívocamente de los artículos 30 y 140 de la Constitución, que le imponen respectivamente la obligación de indemnizar a los ciudadanos víctimas o a sus derechohabientes, de las lesiones a los derechos humanos que les sean imputables al ente estatal, y a los administrados por los daños que les causen en sus bienes y derechos, en virtud del mal funcionamiento de la Administración Pública. En el mismo sentido, de sujeto que asume obligaciones específicas de carácter patrimonial frente a los ciudadanos, aparece el Estado delineado en los artículos 82, 135, 152, 154 y 155 entre otros. Y como legitimado activo o pasivo en el artículo 266, numeral 4, que confiere al Tribunal Supremo de Justicia la competencia para dirimir las controversias administrativas en que una de las partes sea la República.

Cabe aclarar que a diferencia de los constituyentes de 1961, los de 1999, se abstuvieron de formular planteamiento alguno en la Exposición de Motivos en torno a la relación entre los términos Estado y República utilizados múltiples veces a lo largo de la Constitución de 1999, pero todo indica que al igual que en la de 1961, dichos términos deben considerarse equivalentes, y en ese sentido estimamos válida la aclaratoria que contenía la Exposición de Motivos del texto constitucional derogado, que expresaba : «Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de “República” para designar la personificación del Estado venezolano y la palabra “Estado” de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas». Pero hay que aclarar que la validez que invocamos de la cita transcrita se refiere a la parte conceptual, porque el término Estado, tanto en la Constitución derogada, como en la vigente, en realidad se utiliza más que el de República, lo que permite demostrar la equivalencia entre ambos términos, razón por la cual son usados indistintamente en la Ley Suprema.

Pero si pudiera suscitarse alguna duda respecto al punto bajo examen, el artículo 19, ordinal 1° del Código Civil, antes citado y transcrito, se encarga de disiparla, pues de manera categórica preceptúa que la *Nación* es una persona jurídica. Hay que señalar que tal dispositivo contiene el tér-

mino nación, pero el mismo no debe dar lugar a ninguna posición doctrinaria que pretenda negar la personalidad jurídica del Estado venezolano, pues, en primer lugar es necesario advertir que anteriormente los legisladores —recuérdese que esa disposición es por lo menos de 1942—, utilizaban dicho término por el de Estado. Esto es tan cierto que siempre en las Constituciones anteriores, inclusive en la de 1947, su declaración preliminar comenzaba así: «La Nación Venezolana es...» y sus artículos 223 y 228 se referían al Fiscal General y al Procurador General de la Nación, y en segundo lugar, la Constitución de 1999, lo usa en el mismo artículo 1, cuando expresa que son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, etc, así como en los artículos 304, 322, 324, 325 y 326, entre otros. Inclusive denomina el Título VII *De la seguridad de la Nación*. Luego, resulta concluyente que el citado dispositivo normativo del Código Civil regula la personalidad jurídica del Estado venezolano.

6.11.4. Diversas denominaciones utilizadas para referirse al Estado venezolano (Estado, República, Fisco y Nación)

Una vez realizadas las anteriores precisiones, es necesario además aclarar que en el sistema normativo venezolano se suelen utilizar diversas denominaciones para referirse al ESTADO, pues como quedó expresado precedentemente, los términos República y Estado tienen en el texto de la Constitución la misma connotación conceptual. Así mismo, terminamos de hacer notar, que una de las normas definitorias del elemento plurisubjetivo del ordenamiento jurídico venezolano (art. 19 del Código Civil) recurre al término «Nación» para referirse al Estado Venezolano. Y ese es el mismo sentido que se infiere de los antes citados artículos de la Constitución de 1999, así como de los artículos 268 y 287 del Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia en 1987.

También el término «Fisco», como se indicó precedentemente, suele utilizarse para referirse al Estado venezolano, pues ninguna otra interpretación puede dársele a esa expresión en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el Código Orgánico Tributario, ya que de lo contrario se incurriría en la «monstruosidad jurídica» a que alude Garrido Falla, de pretender atribuirle al Estado dos personas jurídicas: una de derecho público y otra de derecho privado.

En suma, resulta válido en el contexto del ordenamiento jurídico venezolano recurrir a las siguientes denominaciones para referirse al Estado: «nación, república y Fisco», pero sería preferible en aras de la claridad y de la precisión conceptual, cuando de poner en evidencia la personalidad jurídica del Estado se trate, reducirlas a República y Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates. Tomos I y II). Caracas, 2000.
- BACHELET, Vittorio. *Profili Giuridici della Organizzazione Amministrativa*. Giuffré. Milano. 1965.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Instituciones Administrativas*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1992.
- BREWER, Allan. *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.
- CABALLERO ORTIZ, J. *Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.
- . *Los Institutos Autónomos*. Fondo de Inversiones de Venezuela. Caracas, 1984.
- CASESE, Sabino. *Diritto Amministrativo Generale*. Giuffré. Milano, 2000.
- CASETA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffré. Milano, 2000.
- CERULLI, Vincenzo. *Corso di Diritto Amministrativo*. Giapichelli. Torino, 1997.
- CERULLI, Vicenzo y Giuseppe MORBIDELLI. *Ente Pubblico ed Enti Pubblici*. G. Giapichelli Editore. Torino, 1994.
- DROMÍ, José. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983.
- ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.
- GALATERIA, Luigi y Massimo STIPI. *Manuale di Diritto Amministrativo*. UTET. Milano, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas. Madrid, 1989.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1989.
- GIANNINI, Massimo. *El Poder Público, Estado y Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1991.
- . *Derecho Administrativo*. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.
- LANDI, Guido. «Voce Fisco». *En Enciclopedia del Diritto*. Giuffré. Milano, 1968.
- LARES, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1996.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico Tomo I*. Editorial La Ley. Madrid, 1988.
- MASSERA, G. *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel Diritto Sostanziale*. Giuffré. Milano, 1986.
- MAZZAROLI, L.; G. PERICU y otros. *Diritto Amministrativo*. Monduzzi Editore. Bologna, 1993.
- MOLES, Antonio. «La Personalidad Jurídica del Estado». *En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. N° 81. Caracas, 1991.
- NIGRO, Mario. «La Pubblica Amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale». *In study in memoria de Vittorio Bachelet*. Giuffré. Milano, 1987.

- PAREJO, L.; A. JIMÉNEZ Y L. ORTEGA. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Ariel. Barcelona, 1992.
- RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.
- ROSSI, Giampaolo. *Gli enti pubblici*. Giapichelli. Il Mulino. Bologna, 1991.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. *Fundamentos de Derecho Administrativo* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.
- SAYAGUES, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Edición del Autor. Montevideo, 1963.
- VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo. I principi*. Giuffré. Milano, 1995.

El documento administrativo. Medio probatorio y forma de redargüirlo

MARÍA GABRIELA PIMENTEL HENRÍQUEZ*

LA LIBERTAD PROBATORIA en los procedimientos administrativos sin más limitaciones que la prohibición legal expresa que impida la promoción de alguna prueba o el uso de un determinado medio probatorio y la consideración de la naturaleza administrativa del procedimiento para su valoración, son pacíficamente aceptados en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia.

Como confirmación de nuestra afirmación, podemos observar que se evidencia del contenido del artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), el reconocimiento del principio de la libre admisibilidad de los medios probatorios en los procedimientos administrativos, al permitir el empleo de los medios de prueba del Derecho Común y del derecho administrativo para la demostración de los hechos controvertidos; Art. 58: «Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes».

En consonancia con lo anterior, la Jurisdicción Contencioso Administrativa admite la ampliación de los medios probatorios, cuando entre otros supuestos emplea, en cuanto le sean aplicables y como consecuencia de la remisión del artículo 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976), las reglas del Código de Procedimiento Civil sobre los medios de prueba, su admisión y evacuación, incluyendo aquí los «medios de prueba libres» permitidos en el artículo 395 del Código de Procedimiento

* Universidad de Carabobo, Abogada, *Magna cum Laude*, No. 1 de la Promoción, Docente Instructor de Derecho Administrativo Universidad Santa María, Especialista en Derecho Administrativo, 2º lugar de la Promoción, Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo, 2º lugar de la Promoción. Universidad de Richmond, T.C. Williams School of Law, International Business Law.

Civil (1985), así como el uso de los demás medios probatorios determinados en el Código Civil y en otras leyes, por lo que es fácil entender que admite el empleo de «cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley». (CABRERA, RAMÍREZ)

Así las cosas, además de los medios de prueba tradicionales —pruebas instrumentales, tarjetas, confesión, experticia, por nombrar algunos—, en materia de Derecho Procesal Administrativo, no sólo se reconoce el uso de los hoy día no tan novedosos medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil —análisis bacteriológicos, radiografías, fotografías y reproducciones cinematográficas, entre otros—; o de los innovadores medios tecnológicos —discos láser, floppy disk, como los más conocidos—; sino que también, se admite el empleo de otras fórmulas propias del Derecho Administrativo, con las cuales se buscan demostrar hechos que sólo tienen relevancia en el ámbito de las relaciones entre administración y administrado, y especialmente aun cuando no exclusivamente, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (GORDILLO, MEIER, ARAUJO, PADILLA)

En estos medios probatorios, propios del Derecho Administrativo, es donde ubicamos los documentos administrativos.

La imprecisión terminológica de estos documentos y la insuficiente regulación que establezca de manera coherente y uniforme su naturaleza jurídica, condición, alcance y eficacia probatoria, han llevado a la Jurisprudencia a su determinación, lo cual ha dado lugar en muchos casos a posiciones contradictorias y consecuentemente al uso indistinto en la práctica forense de los vocablos público, administrativo y auténtico.

A los fines de delimitar el tema de acuerdo al requerimiento planteado, y siendo tan extensa la materia probatoria, vamos a centrar nuestro trabajo sobre los documentos administrativos refiriéndonos a su naturaleza jurídica, condiciones, requisitos de validez como medio probatorio, eficacia probatoria tanto en fase administrativa como en sede jurisdiccional, y a la forma de redargüirlo, que no es otra cosa más que los medios para su impugnación. En consecuencia y teniendo como objetivo aportar conclusiones útiles, debemos analizar las disposiciones legales aplicables, los diferentes criterios existentes en la doctrina patria y extranjera, y las posiciones jurisprudenciales al respecto, siendo necesario además hacer referencia a los documentos públicos con los cuales se suelen confundir o asimilar.

La importancia de este estudio radica principalmente en el innegable valor probatorio de estos instrumentos en el Derecho Procesal o Procedimental Administrativo, los cuales tendrán un diferente tratamiento

o valoración dependiendo de la naturaleza jurídica que se le pretenda dar, así como distinto será el medio de impugnación o la manera de redargüirlo; lo que consecuentemente incide como lo señala BOSCÁN DE RUESTA en el Contencioso Administrativo de Nulidad «tanto en lo que respecta al objeto de la prueba, como a los medios para desvirtuar la legalidad del acto y a la carga probatoria», ya que en la eventual impugnación contra un acto administrativo en la vía jurisdiccional, la actividad probatoria desarrollada en sede administrativa hace depender «en alto grado la definitiva eficacia de un acto administrativo impugnado». —UTRERA— (*vid.* BOSCÁN DE RUESTA, Isabel (1995). *El Régimen de la Prueba en el Contencioso Administrativo*. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías». Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. p. 339; UTRERA; Francisco Javier (1985). «El Principio de la Legalidad de la Prueba en el Procedimiento Administrativo», *Revista de Derecho Público* N° 23 Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. p. 200).

I. NOCIÓN DE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

El tema de los documentos administrativos se ha visto relegado en la doctrina administrativa, se observan en la mayoría de los trabajos sólo notas referenciales; han sido pocos los autores en Venezuela preocupados por definir y delimitar en algún modo estos documentos emanados de la Administración, siempre aclarando de antemano la zona de penumbra que comporta esta temática dentro de la prueba documental. (PADILLA, UTRERA, MEIER, BOSCÁN DE RUESTA, BREWER)

Se hace necesario, por lo tanto, precisar lo que debemos entender por documento administrativo o cuando menos acercarnos a una noción acertada para posteriormente referirnos a su existencia como medio probatorio; propósito nada fácil, debido a la insuficiente e imprecisa regulación y a las contradictorias posiciones de nuestra jurisprudencia sobre su naturaleza y condiciones.

A tal efecto, debemos en primer lugar, observar en la expresión DOCUMENTO ADMINISTRATIVO el uso de los vocablos «documento» y «administrativo»; por lo que resulta interesante reseñar lo que en el derecho moderno se admite como tales, para luego referirnos a algunas definiciones que sobre estos documentos se hacen en la doctrina y en la Jurisprudencia. Así, «documento», es entendido como una cosa representativa de un hecho o acto del hombre, por signos inteligibles, susceptibles de llevarse o transportarse al proceso. (*vid.* RAMÍREZ, José (1984). *La Prueba Documental*. Señal Editora, Medellín Colombia). Por lo que respecta al voca-

blo «administrativo» se entiende, sin pretender complicarnos mucho, que concierne a la Administración.

En cuanto al fundamento del carácter documental, conviene recordar el principio general de la Formalidad Legal o Instrumentalidad Pública que rige a la actividad administrativa, siendo necesario por ello que los actos administrativos deban ser expresos y constar por escrito (art. 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), traducéndose de esta forma en una garantía para los particulares del ejercicio de su derecho a la defensa (BREWER, DROMÍ) y una causa de que «se produzca una documentación propia de valor probatorio singular» (ARAUJO), la cual en algunos casos, como lo apunta GORDILLO, configura la prueba central y a veces única para resolver. (*vid*: BREWER, Allan (1997) *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. 4ª Ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. p. 160; DROMÍ, Roberto (1996). *Derecho Administrativo*. 5ª Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires. p. 853; ARAUJO, José (1996). *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia. p. 502. GORDILLO, Agustín (1995). *El Régimen de la Prueba en el Contencioso Administrativo*. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. p. 132).

Siendo clara la identificación de la actividad administrativa con el carácter documental, se admite la existencia de los documentos administrativos y consecuentemente su indudable valor probatorio; de esta manera y siguiendo esta línea de pensamiento, se observan en la doctrina y en la jurisprudencia algunas definiciones, entre las cuales resultan interesantes las siguientes:

- «El documento administrativo es una categoría amplia que comprende toda actuación de los órganos administrativos, que se recogen en un instrumento escrito y cuyo valor probatorio y medios de impugnación dependen de su contenido» (*vid*: BOSCÁN DE RUESTA, I, opus cit., p. 346).
- «Instrumentos escritos emanados de un órgano competente de la administración y que cumple con las formalidades legales para su emisión» (*vid*: ARAUJO, J. opus cit., p. 503).
- «Expediente administrativo constituido por los elementos materiales integrantes del iter procedimental; pero ellas en general se limitan a señalar la forma como el mismo se integra y la manera de efectuar su reconstrucción, en los casos de pérdida total o deterioro» (*vid*: RONDÓN, H., opus cit., p. 192).

- «Son instrumentos administrativos aquellos instrumentos escritos en los cuales consta alguna actuación de un funcionario competente. Estos documentos administrativos están dotados de una presunción favorable a la veracidad de lo declarado por el funcionario en el ejercicio de sus funciones» (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 9 de mayo de 1985. Extracto tomado de Pierre Tapia, Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo —Mayo 1985—, N°: 11, pp. 24-25).
- «Declaraciones de los funcionarios que actúan en el área de su competencia, acerca de los hechos que están autorizados hacer constar o verificar» (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 14 de marzo de 1985. Extracto tomado de la Revista de Derecho Público, N° 22, pp. 159).
- «Documentos Administrativos son aquellos que contienen declaraciones de voluntad, de conocimiento o de juicio y de certeza, provenientes de un funcionario competente por ley para emitirlos, con arreglo a las formalidades del caso, y que producen o pueden producir efectos jurídicos con respecto a la posición jurídica de los administrados» (vid: MEIER, Henríque (1992). *El Procedimiento Administrativo Ordinario*. Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas. p. 261).

Es conveniente precisar en la relación este tipo de documentos y con respecto a los cuales no existe duda sobre su valor probatorio como medio documental de expresión, la distinción existente entre éstos y el acto, hecho, declaración o juicio que se documenta. En este sentido compartimos la posición de GORDILLO, citando a ORTIZ, cuando señala: «El acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, *pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión*» —cursivas nuestras— (vid: GORDILLO, A., opus cit., p. 135-136).

II. CONTENIDO DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Referencia a su relación con el expediente administrativo

Existe una indeterminación en nuestro derecho positivo sobre el contenido de los documentos administrativos, podemos observar como ejemplo la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), que si bien hace referencia a estos documentos no aporta mayores consideraciones sobre el particular, así en el artículo 32, establece el *Principio de la Uniformidad de los Documentos y Expedientes Administrativos*, o el artículo 54 (*eiusdem*), el cual se refiere a los documentos administrativos cuando

consagra el poder inquisitivo de la autoridad administrativa de solicitar de otras autoridades u organismos, «*documentos*, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto» (cursivas nuestras); empero no obstante la remisión o referencia que la ley hace de éstos, deja sin resolver la interrogante: ¿qué comprende los documentos administrativos?

Del estudio de la doctrina y de la jurisprudencia se evidencian calificaciones aisladas de documentos administrativos, algunos autores como LÓPEZ-NIETO, identifican como «Documentos de la Administración» a las comunicaciones —incluyendo aquí a los oficios, edictos, notificaciones—, las providencias o resoluciones, las diligencias y declaraciones, las certificaciones, los informes y dictámenes, y la documentación de las reuniones; para otros, como MEIER, su contenido se asimila al de los actos administrativos, expresa que los documentos administrativos «contienen declaraciones de voluntad, de conocimiento o juicio y de certeza...», además, este autor aporta una enumeración de algunas formas jurídicas y materiales que asumen estos documentos, comprendiendo: «El acto administrativo, propiamente dicho: oficio escrito firmado por el funcionario competente; los documentos dictados en serie a través de medios mecánicos (*v. gr.* las cédulas de identidad, los mapas y planos oficiales, etc.)». (*vid.* LÓPEZ NIETO, Francisco (1978). *Manual de Procedimiento Administrativo*. Editorial Bayer Hermanos S.A. Barcelona España, p. 191; MEIER, H., opus cit., pp. 261-273).

Por otra parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha venido calificando algunas actuaciones de la Administración como documento administrativo, señalando entre otros: las actas fiscales emitidas por funcionarios públicos, siempre que hayan sido dictados en ejercicio de su competencia; los oficios, permisos y constancias. (Sentencias de fechas: 7-12-82, 20-6-83, 25-01-83, 14-03-85.)

Ahora bien, tanto en la doctrina patria y extranjera como en nuestra jurisprudencia, se identifica al documento administrativo con el expediente administrativo, considerándolo como un todo; decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, confirman esta identificación: «... tales instrumentos al formar parte de las actas del expediente administrativo, constituyen en opinión del sentenciador, *típicos documentos administrativos*» —cursivas nuestras— (fallo del 20-06-83). No obstante lo anterior, compartimos la opinión de UTRERA, RONDÓN, MEIER y BOSCÁN, quienes señalan que no todos los documentos o instrumentos comprendidos en el expediente administrativo son o pueden ser considerados como documentos administrativos; en efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), señala que toda la tramitación del

procedimiento se recogerá en el expediente (art. 51), pudiéndose adjuntar a éste escritos que el interesado estime necesarios (art. 32); además, recordemos que se admite pacíficamente que el expediente administrativo es la materialización documental de todo lo que ocurre en el desarrollo del iter procedimental (MEIER), en consecuencia, resulta lógico y forzoso concluir que el mismo, contiene actuaciones de diferente naturaleza las cuales tendrán distinto valor probatorio y en algunos casos ninguno.

Por lo tanto, no deben asimilarse de forma absoluta el expediente administrativo como cuerpo documental y el documento administrativo individualmente identificado, debido a que en el expediente se pueden encontrar comprendidos documentos públicos, administrativos o privados, de cuya naturaleza depende el medio de impugnación; sólo tendrá valor de documento administrativo y para algunos de documento público, en su forma extrínseca «en el sentido de que hace fe de que los elementos que lo integran fueron producidos en la forma que allí aparece, lo cual autentica un funcionario con facultades para ello,» pero en cuanto a sus aspectos intrínsecos «cada elemento que lo integra mantiene su individualidad» (*vid*: BOSCÁN DE RUESTA, I. opus cit., p. 348).

III. NATURALEZA JURIDICA DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Donde se presentan mayores confusiones y posiciones contradictorias sobre los documentos administrativos es en relación a su naturaleza jurídica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional no se le reconoce un tratamiento uniforme, en algunas ocasiones se consideran como documentos públicos y en otras, como una categoría intermedia entre éstos y los documentos privados. (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 9-8-93.)

Conviene destacar en este sentido, la incidencia que tal imprecisión ocasiona en cuanto a la determinación de los medios de impugnación, ya que si se reconocen como públicos, contra ellos sólo prosperará y por vía excepcional, el procedimiento de falsedad o tacha; en cambio, si se atiende a la naturaleza administrativa y a su contenido, podrán ser desvirtuados por cualquier género de prueba.

Como señalamos *supra* la jurisprudencia no ha sido consecuente y uniforme en cuanto a su posición, así encontramos fallos de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde se reconoce el carácter de documento público a los documentos administrativos, y en consecuencia se admite como medio de impugnación el procedimiento de falsedad o tacha previsto en el Código Civil. (Sentencias de fechas 4-7-67 y 27-7-70.)

No obstante, encontramos en nuestra jurisprudencia otros fallos en los cuales se reconocen a estos documentos como una especie del género de prueba documental, distintos de los documentos públicos, en virtud de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos (representados en esos instrumentos) y por lo cual sirven como medio eficaz de prueba, equiparándose a los documentos auténticos que hacen o dan fe pública hasta prueba en contrario; en este sentido, podemos mencionar algunas decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, entre ellas las de fecha: 14-04-83, 25-01-83, 20-06-83, 31-01-84, 9-9-84, 14-03-85, 17-01-85, 7-11-85, 3-05-90, 14-06-90.

En la doctrina tampoco encontramos precisión, toda vez que para algunos autores constituyen documentos públicos; para otros, como DROMI, se trata de una categoría de prueba documental que por su carácter de auténticos hacen plena prueba de lo que quieren demostrar mientras no se acredite lo contrario, aclarando además, que la instrumentalidad pública del acto «certifica sólo su celebración, su firma, fecha, pero no certifica su contenido». BREWER, por su parte, admite el valor de documento público a los documentos administrativos, «siempre que en ellos se deje constancia de hechos jurídicos por un funcionario público que declara haber efectuado, visto u oído esos hechos, para lo cual tenía competencia expresa» (*vid*: DROMÍ, R., opus cit., p. 853; BREWER, A. opus cit., p. 319).

III. I. Breve referencia a los supuestos que dificultan la distinción entre Documento Administrativo y Documento Público

Podríamos puntualizar como algunas de las posibles causas que dificultan una distinción clara entre documentos públicos y documentos administrativos, y que consecuentemente crean confusión sobre sus medios de impugnación, las siguientes:

- *Imprecisión legal*: Se utilizan indistintamente los términos auténticos y públicos, ejemplo de ello es el art. 1.357 del Código Civil, el cual al definir los documentos públicos señala: «*Instrumento público o auténtico* es aquel que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga la facultad para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado» —cursivas nuestras—. De la lectura de este artículo pudieran entenderse como sinónimos y lo cierto es, que todo documento público es auténtico pero no todo documento que ha sido autenticado (como los documentos privados reconocidos por los Notarios, llamados también escritura privada con firma

autenticada) pueden ser considerados como públicos, ya que la autenticidad de los documentos se refiere a lo extrínseco de la escritura misma, reconoce certeza legal a la firma, fecha y declaraciones, no respecto a su contenido; situación diferente ocurre en los documentos públicos, en los cuales su autenticidad existe desde su nacimiento, no sólo con respecto a sus elementos extrínsecos, sino también en cuanto a contenido. (*vid*: BREWER, Allan (1982). «Consideraciones acerca de la distinción entre Documento Público o Auténtico, Documento Privado Reconocido y Autenticado, y Documento Registrado. Estudios Jurídicos sobre el Documento Público y Privado en el Derecho Procesal Civil. Ediciones Fabretón, Venezuela.

- *Insuficiente regulación*: A lo cual ya hemos hecho referencia a lo largo de este estudio.
- *El carácter de auténticos de los Documentos Administrativos atribuido por la jurisprudencia y la doctrina*: Tal y como se vio en el punto referente a la Noción de los Documentos Administrativos, ha sido a través de la Jurisprudencia y la doctrina como se ha ido delimitando y configurando lo que debe entenderse por Documentos Administrativos.

Si bien existen posiciones contradictorias en cuanto a su naturaleza, también es cierto que tanto la Jurisprudencia como la doctrina son contestes en reconocerle a tales instrumentos el carácter de auténticos; así, se encuentran decisiones de nuestros Tribunales en los cuales reconocen expresamente su autenticidad en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, lo cual se materializa a través de los documentos administrativos que dan o hacen fe de lo que se declara hasta tanto no sean desvirtuados. (Decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14-04-83, 25-01-83, 20-06-83, 31-01-84, 9-9-84, 14-03-85, 17-01-85, 7-11-85, 3-05-90, 14-06-90.)

En relación a lo que debe entenderse por autenticidad, conviene referirnos a lo que señala BREWER para determinar el alcance de lo que ello implica, a tal efecto este autor expresa: «Auténtico es el acto cuya certeza legal se conoce y se sabe que emana de la persona a quien se atribuye; ... (omissis)... Se refiere a lo extrínseco, más que a la parte intrínseca de la escritura misma, puede surgir en la misma circunstancia en que se hace la escritura, o por efecto de un acto posterior» (*vid*: BREWER, A., opus cit.: «Consideraciones acerca de los Documentos Públicos o Autenticados...», p. 259-260).

Por lo tanto, es dable afirmar que los documentos administrativos constituyen un medio con pleno valor probatorio de sus elementos extrínsecos, y en cuanto a los elementos intrínsecos o por lo que respecta a la validez de su contenido, gozan de la presunción de legalidad típica de los actos administrativos.

- *La naturaleza administrativa de los documentos administrativos:* Al tratarse de un medio de materialización de la actividad administrativa, se presenta la dificultad en cuanto a la determinación del medio idóneo para impugnarlo o redargüirlo, toda vez que si se consideran documentos públicos, sólo podrían ser desvirtuados mediante la tacha de falsedad; y si se le reconoce la naturaleza administrativa de la que efectivamente gozan, serían susceptibles entonces, «de sufrir los efectos de una revisión de elementos constitutivos que integran el iter de su formación» (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 9 de agosto de 1984. Extracto tomado de la obra citada de MEIER, H., p. 257).

III.2. Diferencias entre Documento Público y Documento Administrativo

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en las decisiones que admiten a los documentos administrativos como especie de prueba documental distinta de los documentos públicos, ha distinguido algunos aspectos que permiten diferenciarlos, entre otros podemos referirnos a la legitimidad del acto a que aluden estos documentos. En relación a ello este Tribunal expresó:

La legitimidad del acto que alude al contenido mismo de la decisión, a la certeza de su existencia y a su obligatorio reconocimiento por parte de la comunidad diferencia los documentos Administrativos de los documentos Públicos, ...(omissis) ...en los documentos públicos la legitimidad del acto no alude a los elementos sobre los cuales el mismo se funda. ...(omissis)... el documento público da fe de la competencia del órgano del cual emana, de todos los supuestos que constituyen su objeto y en general, de la totalidad de los elementos que lo conforman, por lo cual sólo pueden atacarse, mediante la impugnación de que incurre en falsedad en los casos taxativamente señalados para que se ejerza la acción de tacha (sentencia de fecha 9 de agosto de 1984, extracto tomado de la Revista de Derecho Público N° 139).

En este orden de ideas MEIER distingue, como otro elemento diferencial, el contenido del documento administrativo, en éstos, su contenido es expresión de la llamada voluntad administrativa (declaraciones de voluntad, certeza o de juicio), no un negocio jurídico, lo cual es el contenido por excelencia de los documentos públicos (Código Civil, arts. 1.359 y 1.360).

Resulta interesante observar la posición de MEIER, quien aun cuando los califica como «Documentos Públicos Administrativos», les reconoce un contenido y tratamiento diferente al de los documentos públicos (tradicionalmente entendidos según el Código Civil, art. 1.357).

Así por ejemplo este autor, adhiriéndose a la tesis de CABRERA, señala que no obstante los documentos administrativos son auténticos, en virtud de ser emanados de una autoridad competente, esto no implica forzosamente que los mismos merezcan fe pública, ya que para que los funcionarios públicos puedan dar fe pública a esos instrumentos, es necesario que tal facultad les sea asignada por ley (como sí se les otorga expresamente a los Registradores Públicos, según lo establece el artículo 10 de la Ley de Registro Público); sin embargo, MEIER admite que puede dársele a la fe pública un alcance distinto en relación a los documentos administrativos, con efectos no tan rigurosos o solemnes como se entiende en el Código Civil, a tal efecto la denomina «fe pública de carácter administrativo». En todo caso, la finalidad de la fe pública es darle eficacia probatoria *erga omnes* a las cualidades extrínsecas de los actos o hechos narrados en el documento, situación que se reconoce en los documentos administrativos. (MEIER, H., opus cit., pp. 270-271-272.)

IV. CONDICIONES O REQUISITOS DE VALIDEZ PROBATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ha correspondido a la jurisprudencia definir cuáles van a ser los requisitos de existencia, validez y eficacia de los documentos administrativos como medio probatorio, ya sea en la fase administrativa o en el Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas, recordaremos la exigencia de cumplimiento de los extremos formales y materiales específicos, requisito general de procedencia de los medios de prueba (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13-04-89). En atención a ello, y tal como lo hemos referido en el punto relativo a la *noción de documentos administrativos*, deberá tomarse en consideración la diferencia entre el acto y el medio que documenta el acto; en consecuencia, no deben confundirse los requisitos de validez del acto de la Administración (art. 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) y los elementos formales necesarios para la procedencia de los documentos administrativos como medio probatorio idóneo.

Así las cosas, cabe señalar como requisitos generales de los documentos administrativos, para que sean considerados como eficaces medios probatorios, con el valor que lo hemos estado analizando, los siguientes:

- Competencia legalmente establecida, facultativa de la legítima actuación de la Administración.
- El documento debe ser efectivamente expedido por el funcionario público, en ejercicio de sus funciones.
- Deben encontrarse dotados de veracidad, no sólo sobre su contenido, lo cual resulta de la presunción de legalidad (en el caso de los documentos contentivos de actos administrativos), sino también, en cuanto a los hechos o declaraciones que reconoce haber efectuado, visto u oído el funcionario competente para expedirlo con arreglo a las leyes.

La veracidad de estos documentos administrativos, se evidencia en sede judicial de las certificaciones, en virtud de las cuales los funcionarios dan fe de que los hechos o actos allí contenidos, fueron sustanciados como en el documento se aprecian y que los elementos que lo conforman fueron producidos por las personas, en los lugares y en las fechas indicadas en ese instrumento; tales certificaciones, de manera general, se verifican válidamente con la identificación del funcionario y del carácter con que actúa, la firma de éste y el sello del órgano del cual emanan y se tienen como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario —art. 429 CPC—. Además, debemos señalar en este sentido, el derecho que le otorga la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a los interesados de solicitar de la Administración la certificación del expediente administrativo —art. 59—. Es necesario, antes de concluir este punto, recordar que las denominadas certificaciones de mera relación, no tienen valor jurídico y en consecuencia ningún valor probatorio (son aquellas que tienen *por único objeto* hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante, sobre algún hecho o dato de conocimiento de los contenidos en los expedientes, o de aquellos asuntos que hubiere presenciado con motivo de sus funciones —art.60—).

V. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Como hemos visto resulta evidente el pacífico reconocimiento como medio probatorio, que tanto la doctrina como la jurisprudencia patria atribuyen al documento administrativo; así las cosas, debemos de igual forma tener presente la íntima relación existente entre la admisión de un medio de prueba y el valor que ésta pueda tener, por cuanto los efectos de la prueba dependen en gran medida de la idoneidad del medio empleado. (ENTRENA)

El valor probatorio de las pruebas documentales variará según cómo sean exigidas en la ley, distinguiéndose entre la prueba documental *ad*

solemnitatem y la *ad probationem*, en virtud de las cuales, «se impide al Juez haciendo uso de la libre valoración aceptar como demostrado el acto jurídico con otros medios de prueba» (*vid*: DEVIS E., H., opus cit., p. 182).

V.I. Valor de los documentos administrativos en sede administrativa

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa reconoció la importancia de la actividad probatoria en el procedimiento administrativo, observando su incidencia sobre la legalidad de los actos administrativos; en este sentido podemos citar el fallo de fecha 28 de agosto de 1981, en el cual este Tribunal expresó: «considerar como comprobados hechos que no lo han sido, vicia el acto administrativo dictado en tal contexto de falsa motivación, lo cual equivale, a juicio de nuestro más alto Tribunal, a falta absoluta de motivación».

Ahora bien, siendo el documento administrativo un medio probatorio, reviste una gran importancia en sede administrativa, ya que éste configura uno de los medios en virtud de los cuales se busca demostrar los hechos relevantes para la decisión; por ello, el acceso al expediente administrativo (donde consta por escrito toda la tramitación del procedimiento), se considera presupuesto elemental del derecho a la defensa; así, en los procedimientos sancionatorios, por ejemplo, el expediente administrativo configura la prueba central y a veces única en el procedimiento.

De igual forma, ENTRENA CUESTA reconoce tal importancia y en este sentido expone:

Los actos de instrucción tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución. En abstracto, tales elementos podrán derivar de las alegaciones de los interesados, de los informes que emitan los órganos distintos del que ha de resolver, de las alegaciones que se produzcan como consecuencia de una información pública, de las pruebas que se practiquen y de aquellas alegaciones específicas de los interesados que formulen, precisamente en el caso de que se les dé vista del expediente, una vez instruido» (*vid*: ENTRENA, R., opus cit., p. 240).

Por su parte PARADA expresa: «Iniciado el procedimiento la Administración desarrollará los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y *comprobación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*» —cursivas nuestras (*vid*: PARADA, R., opus cit., p. 253).

En consecuencia es fácil admitir, en virtud del carácter formal de la actividad administrativa, el indudable valor probatorio de los documentos administrativos en el procedimiento administrativo, a través de los cua-

les se materializan todos los actos y hechos jurídicos que dan lugar a la resolución administrativa.

Breve referencia a las implicaciones
de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos

Debemos hacer una breve referencia a las implicaciones que sobre el tema objeto de nuestro estudio afecta el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (1999), sin pretender realizar un análisis crítico sobre la aplicabilidad fáctica, instrumentación, o alcance de este cuerpo normativo, procederemos a puntualizar algunos aspectos, que podrían ser objeto de estudios detallados posteriores, y que convienen ser destacados por las connotaciones que podrían tener sobre la valoración y alcance como medio probatorio de los Documentos Administrativos, toda vez, que como ya dijimos, forman parte de la actuación administrativa que se recoge en un instrumento escrito con indudable valor probatorio.

En primer lugar, resaltaremos el imperativo de Ley establecido en el artículo 14 y fundamentado en la presunción de buena fe, de la aceptación por parte de la Administración Pública de cualquier instrumento privado en SUSTITUCIÓN de instrumento público, y de copia simple o fotostática EN LUGAR de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente; salvo previsión legal en contrario; esto significa entonces, ubicándonos en un procedimiento administrativo, que el administrado podría demostrar cualquier hecho, salvo excepción legal, mediante un instrumento privado o cualquier copia de documento demostrativo quizás de algún derecho reconocido inclusive por la misma administración, siendo esto así se nos presenta la interrogante de cómo ante un eventual Contencioso Administrativo podría admitirse y consecuentemente valorarse ese documento presentado y admitido en sede administrativa conforme a lo establecido en la disposición señalada.

Además, el Decreto establece que no serán exigibles copias certificadas o fotostáticas de documentos que la Administración Pública tenga en su poder o a los que tenga posibilidad de acceder, cabría preguntarnos aquí: ¿quién determina hoy día, en ausencia de una infraestructura adecuada, cuándo la Administración se encuentra en esa situación?, así las cosas encontrándose en ese caso ¿podría siempre el administrado eximirse de demostrar un hecho en cualquier procedimiento administrativo, aun en aquellos en que le corresponda la carga probatoria, ¿siendo obligación de la Administración podría exigir su responsabilidad cuando ésta no logra acceder en tiempo oportuno al documento de que se trata?; pensamos que

tendríamos que estudiar más profundamente la aplicación en implicaciones de este Decreto para evitar cometer excesos, sin olvidar la intención y el sentido que se perseguía con su promulgación.

Para concluir este punto conviene mencionar otro aspecto importante, es el relativo a la valoración que deberá darse en el procedimiento administrativo a las declaraciones de los particulares, vemos con preocupación el contenido del artículo 32, el cual textualmente establece: «En caso de pérdida, deterioro, destrucción de documentos personales, *será suficiente la declaración del administrado para su reexpedición y no podrá exigirse prueba adicional para la misma, salvo lo dispuesto en la Ley.*» (Cursivas nuestras.)

Consideramos algo peligrosa esta disposición, sobre todo cuando eventualmente podrían verse afectados intereses de terceros al demostrarse por una simple declaración de un particular un hecho contentivo en un documento personal, más cuando éste una vez reexpedido (procedimiento administrativo) hace plena prueba de lo que contiene.

V.2. Valor probatorio del documento administrativo en la jurisdicción contencioso administrativa

DEVIS ECHANDÍA señala que «el hecho de que en la actuación administrativa se hayan podido alegar pruebas, no quiere decir que el debate fáctico se agote con ella» (*vid*: DEVIS ECHANDÍA, H., opus cit., p. 170). En efecto, en el proceso administrativo es igualmente admitido el principio de la libertad probatoria y consecuentemente reconocido el valor probatorio de los documentos administrativos. (Art. 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.)

La doctrina y la jurisprudencia reconocen el carácter de auténticos de los documentos administrativos, en virtud de lo cual adquieren pleno valor probatorio, mientras no sean desvirtuados (sentencias de fechas 25-01-83, 14-03-85), exigiendo para su reconocimiento, que los mismos se encuentren certificados. (Véase punto IV de nuestra investigación.)

En cuanto al valor probatorio del expediente administrativo en vía judicial, debemos señalar que el mismo hace fe de que el procedimiento fue instruido y sustanciado de la manera como allí consta y que los elementos que lo conforman fueron producidos en los lugares y en las fechas que allí se indican, es decir, se refiere al aspecto instrumental, como prueba documental que en efecto es (GORDILLO, MEIER, BOSCAN); además, el expediente administrativo goza de la misma presunción de legalidad de los actos administrativos, por ser éste el instrumento que recoge toda la

tramitación del procedimiento que da lugar al proveimiento administrativo, pero esto es visto en su aspecto sustancial o de contenido. (SARRIA)

En virtud de lo anteriormente señalado, algunos autores extienden los efectos de la autenticidad del expediente administrativo, al afirmar que éste, de igual forma da fe sobre el contenido de los actos en ellos recogidos; posición que no compartimos, por cuanto si bien no puede desconocerse la validez y eficacia de los actos administrativos y consecuentemente la del expediente administrativo donde consta el procedimiento que dio lugar al acto, hasta tanto no sea desvirtuado mediante los medios legalmente establecidos; no es menos cierto que, la eficacia y el valor del expediente administrativo como *medio de prueba documental*, se refiere sólo a los elementos extrínsecos de los actos y hechos jurídicos contenidos en él, y a la constatación de la tramitación del procedimiento administrativo conforme aparece en su integralidad, con independencia de la presunción de legalidad que sobre su contenido existe, presunción que para ser desvirtuada requiere de un medio específico establecido para tal fin, como es el Recurso Contencioso Administrativo de Anulación de los actos administrativos.

Nuestra posición se aprecia con más claridad cuando nos ubicamos en el ámbito de las vías de impugnación de los medios probatorios, donde se reconoce hoy día la imposibilidad de un sistema único y uniforme para desvirtuar el valor probatorio de los expedientes administrativos, por cuanto el mismo no contiene sólo documentos administrativos, sino también documentos públicos, privados, e inclusive simples documentos sin mayor valor probatorio, lo cual trae como resultado un tratamiento distinto dependiendo de su naturaleza. (BOSCÁN, UTRERA, GORDILLO)

VI. FORMA DE REDARGÜIR LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

En cuanto a los medios para desvirtuar el valor probatorio de los documentos administrativos encontramos, como es común en esta materia, posiciones contradictorias, las cuales en virtud de la naturaleza jurídica que le atribuyan harán depender la determinación de la vía de impugnación.

En este sentido, se observa Jurisprudencia que admite como único medio excepcional de impugnación la tacha de falsedad prevista en el art. 1.380 del Código Civil y cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil; fundamentando su posición en la asimilación de los documentos administrativos a los documentos públicos, los cuales sólo pueden ser impugnados por esta vía. (Sentencias de la Corte

Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fechas 4-7-67, 27-7-70, 18-2-71.)

De igual forma, encontramos otros fallos en los cuales se diferencian los documentos administrativos de los documentos públicos, reconociéndole su naturaleza administrativa y en base a lo cual admiten como medio idóneo para su impugnación, los que le sean iguales o semejantes (sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fechas 25-04-83, 9-9-84, 17-01-85).

Por su parte, BREWER señala que no pueden atribuírsele a todos los documentos administrativos el carácter de documento público, por cuanto no tendría sentido la existencia del recurso contencioso de anulación, sólo admite como documentos administrativos con valor de documentos públicos a aquellos en los cuales «un funcionario tenga competencia expresa para dejar constancia de hechos que efectúe, que vea y que oiga, el acto administrativo resultante tiene valor de documento público. *Por supuesto en estos casos que no son la mayoría la impugnación de estos documentos tiene que hacerse mediante la tacha*» (vid: BREWER, A., opus cit., p. 319).

En cuanto a la manera de redargüir o impugnar al expediente administrativo, debemos referirnos a la posición asumida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en ocasión de varios fallos (9-08-84, 7-11-85), criterio que además es admitido por algunos autores patrios como JUÁREZ, MEIER y BOSCÁN, y en virtud del cual podemos concluir:

- Si se impugnan los elementos sobre los cuales el documento administrativo se funda, pueden ser desvirtuados por los medios probatorios que el derecho señala, no exclusivamente mediante el alegato de falsedad.
- La tacha de falsedad sólo procede cuando la fecha, el formato, el sello del documento o la firma del funcionario de donde emanan, hayan sido falsificados o alterados, pero no para destruir la presunción de veracidad de su contenido.
- Si se trata de desvirtuar el mérito probatorio que la administración le asignó a cada uno de esos elementos, el medio de impugnación a utilizar depende de la naturaleza intrínseca de ellos.

Así, por ejemplo, si se busca desvirtuar un acto administrativo incluido en un expediente administrativo, el medio para desvirtuar su presunción de legalidad es el recurso contencioso administrativo de anulación, el cual admite el empleo de cualquier medio de prueba que no éste expresamente prohibido por la ley.

CONCLUSIONES

Con esta investigación, no se ha pretendido otra cosa que indagar un poco más en esta materia, tratando de aportar algunas conclusiones que permitan delimitar de algún modo la temática de los Documentos Administrativos, quedando para el futuro la inquietud de profundizar en algunos aspectos que pudieran seguir aclarando y precisando el ámbito de este medio probatorio en el Procedimiento y en el Proceso Administrativo.

De esta manera y una vez cumplidos los objetivos planteados al inicio de esta investigación, haciendo referencia a nuestro derecho positivo, a la doctrina venezolana y extranjera, así como a la Jurisprudencia nacional relativa a los Documentos Administrativos, podemos concluir:

- Tanto en los procedimientos como en el proceso administrativo, de acuerdo a nuestro Derecho Positivo se acepta claramente el Principio de la libre admisibilidad de los medios probatorios al reconocer la aplicación de los medios de prueba establecidos en el Código Civil, Procedimiento Civil y en otras leyes; por ello, se acepta el empleo de los documentos administrativos como uno de ellos.
- Son el resultado del Principio de la Formalidad o Instrumentalidad que rige la actividad administrativa.
- Es un medio probatorio propio del Derecho Administrativo.
- Constituyen una especie del género pruebas documentales.
- Se encuentran regulados en nuestro Derecho Positivo de manera imprecisa e insuficientemente, lo cual lleva a confusiones terminológicas y de contenido.
- En la dinámica probatoria administrativa se emplean para demostrar hechos que tienen relevancia en el procedimiento y en la eventual impugnación de los actos administrativos en sede jurisdiccional.
- En el Derecho Probatorio es admitido pacíficamente su indudable valor probatorio. De igual forma, la jurisprudencia patria le otorga valor probatorio, en virtud de su carácter de auténticos.
- Debe tenerse clara la distinción entre el contenido del acto o hecho jurídico y el medio documental administrativo con el cual se pretende probar (validez documental o instrumental).
- En relación a la naturaleza jurídica de estos documentos, se observan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia posiciones contradictorias, otorgándole en algunas oportunidades categoría de documento público y en otras negándole tal categorismo.

- Los requisitos de validez de los documentos administrativos como medio probatorio eficaz se pueden enunciar de la siguiente manera:
 - a) competencia legalmente atribuida al funcionario quien expide el documento, b) efectiva emisión del documento por el funcionario en ejercicio de sus funciones y c) deben encontrarse dotados de veracidad.
- La veracidad de los documentos administrativos, les viene dado por el carácter de auténticos que se les reconoce.
- La naturaleza jurídica que se le pretenda dar a los documentos administrativos, incide de manera notable sobre el medio de impugnación adecuado para desvirtuar el valor probatorio de tales documentos.
- Deben distinguirse en el expediente administrativo lo que se pretende desvirtuar ya que de ello dependerá el medio a utilizar, de tal manera que si se tratan de impugnar:
 - los elementos sobre los cuales el documento administrativo se funda, pueden ser desvirtuados por los medios probatorios que el derecho señala, no exclusivamente mediante el alegato de falsedad. La tacha de falsedad sólo procede cuando la fecha, el formato, el sello del documento o la firma del funcionario de donde emanan, hayan sido falsificados o alterados, pero no para destruir la presunción de veracidad de su contenido.
 - Si se trata de desvirtuar el mérito probatorio que la administración le asignó a cada uno de esos elementos, el medio de impugnación a utilizar depende de la naturaleza intrínseca de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ IRAGORRY, Andrés (1991). «El Derecho de Acceso al Expediente Administrativo (artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Problemas que plantea. Particular referencia a su influencia en la Ley Orgánica de la Administración Central». *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*, N° 4, Caracas.
- ARAUJO JUÁREZ, José (1993). *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, 2a Ed. Vadell Hermanos Editores, Valencia.
- (1996). *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia.
- BREWER, Allan (1997) *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. 4ª Ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas..
- DROMÍ, Roberto (1996). *Derecho Administrativo*. 5a Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

- ENTRENA CUESTA, Rafael (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I/1, Undécima Ed., Editorial Tecnos, S.A., Madrid
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1954). *La Prueba en el Proceso Administrativo*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- «Los efectos y la ejecución de los actos administrativos» (1997). *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas.
- LÓPEZ-NIETO, Francisco (1978). *Manual de Procedimiento Administrativo*. Editorial Bayer Hermanos S.A. Barcelona España.
- MEIER, Henrike (1992). *El Procedimiento Administrativo Ordinario*. Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas.
- PADILLA, Guillermina (1989). «El Documento Administrativo en la Jurisprudencia Venezolana. Breve Referencia al Código de Procedimiento Civil». *Revista de Derecho Público*, N° 37. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1992). *Derecho Administrativo La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- PARADA V., Ramón (1996). *Derecho Administrativo*. I Parte General, 8ª Ed. Marcial Pons, Madrid.
- PIERRE TAPIA, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*. Caracas.
- RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando (1984). *La Prueba Documental*. Señal Editora, Medellín Colombia.
- RAMÍREZ Y GARAY. *Jurisprudencia Venezolana*. Ramírez y Garay, S.A., Caracas.
- RAMOS FERNÁNDEZ, Mary (1981). «Evolución Jurisprudencial del Derecho a la Defensa en el Procedimiento Administrativo». *Revista de Derecho Público*, N° 7. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- Revista de Derecho Público*. N° 15, 20, 22, 24, 42, 55-56. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard (1983). *Procedimientos Administrativos*. 2ª Ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- (1995). *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Librería Álvaro Nora, Caracas.
- UTRERA, Francisco (1985). «Principio de la Legalidad de la Prueba en el Procedimiento Administrativo». *Revista de Derecho Público*, N° 23. Caracas.
- VARIOS (1995). *Contencioso Administrativo. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- VARIOS (1980). *Derecho Procesal Administrativo*. Ediciones Rosaristas, Bogotá.
- VARIOS (1982). *Estudios Jurídicos sobre el Documento Público y Privado en el Derecho Procesal Civil*. Ediciones Fabretón, Venezuela.
- VARIOS (1994). *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Sobre el Libro Blanco del Reino Unido: «Modernizar la Administración» (marzo, 1999)

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ*

SIN DUDA ES RELEVANTE la publicación del Libro Blanco del Reino Unido: *Modernizar la Administración* (marzo, 1999). Relevante porque se trata de una reflexión atinada sobre la reforma y modernización administrativa de este tiempo y, sobre todo, porque desde el primer párrafo expresa con claridad que cualquier proceso de modernización del aparato público debe tener presente, muy presente, que la Administración Pública es de la gente y que la acción de gobernar o administrar debe siempre dirigirse a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Por eso, no debe extrañarnos que el Ministro Jack CUNNINGHAM escriba en la presentación del libro blanco, que ahora glosamos, que «modernizar la Administración también es algo más. Es una clara formulación de lo que el Gobierno piensa que es gobernar. Gobernar no para quienes trabajan en la Administración, sino gobernar para la gente de a pie: para el consumidor, para el ciudadano». Llama la atención, que, poco a poco, el término «cliente», afortunadamente, va siendo sustituido por el de «consumidor» o «ciudadano». Me parece, además, un acierto metodológico que conviene subrayar.

Ciertamente, el Gobierno y la Administración Pública existen para resolver los problemas colectivos que afectan a las personas. Pero si central es el ciudadano para la modernización, resulta que quienes trabajan en el servicio público son, en palabras del Ministro inglés, «cruciales». Es así, los empleados públicos son fundamentales porque la Administración Pública está en sus manos y de ellos depende en buena medida que la maquinaria funcione bien. Es menester, pues, tener bien presente al co-

* Director del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Catedrático de Derecho Administrativo.

lectivo de los empleados públicos en el impulso modernizador y tener bien claro, como señala Jack CUNNINGHAM, que los empleados públicos «durante demasiado tiempo han sido desacreditados. Este Gobierno valora a los funcionarios públicos y valora los servicios públicos, y lo seguirá haciendo».

Por tanto, las personas que están en la función pública son igualmente fundamentales. También es básico preguntarse por los servicios públicos en sí mismos. «(...) Al mismo tiempo vamos a asegurarnos de que los servicios públicos sean mejores, de que sean reflejo de la vida real y ofrezcan lo que la gente realmente quiere». En este pasaje del documento se pone de relieve algo que me parece del mayor interés y que normalmente la doctrina y los especialistas no sé por qué razón no suelen destacar. Me refiero a algo tan obvio como que la mejora y renovación de los servicios públicos deben realizarse partiendo de la realidad que, como sabemos, está vinculada al pasado y al presente. «Que sea reflejo de la vida real y ofrezca lo que la gente realmente quiere.» La realidad es muy importante, es el ámbito de trabajo sobre el que se aplica la terapia modernizadora.

Sabemos bien que la condición no cerrada de la realidad, sujeta a cambios constantes, en cierto sentido magnificados por los cambios de mentalidad de las sociedades o por las transformaciones en la forma de percibir, es bien importante para que las reformas no se hagan en el vacío, como a veces acontece cuando se desprecia el pasado y hasta el presente. Trabajar sobre la realidad, lo recuerdo, es tomar conciencia del peligro de las utopías entendidas como sueños irreales que ordinariamente se manifiestan en aproximaciones cerradas y estáticas, perfectamente acabadas que, lógicamente, acaban aherrojando y liquidando cualquier manifestación de espontaneidad y lozanía social, tan necesaria para las reformas.

Junto a la realidad, la opinión de la gente, lo que piensa la gente que deben ser los servicios públicos del futuro es, igualmente, un capítulo básico. Realidad y persona son, pues, dos de los ingredientes sobre los que descansa, desde el punto de vista de las ideas, el libro blanco de la Administración Blair sobre *Modernización de la Administración*. La persona, porque es el centro de la actividad pública y la realidad porque sobre ella se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestra como desviaciones de los objetivos propuestos.

Por otra parte, no podía faltar, siendo un documento anglosajón, la cercanía a los casos, a los supuestos concretos de servicios públicos ingleses. De ahí, como continúa la presentación del Ministro de Administración Pública británica, que sea necesario «prestar mejores servicios, en todos

los ámbitos en que la Administración está presente, en los colegios, en los hospitales, en las consultas médicas, en las oficinas de desempleo, en los centros de colocación, en los ayuntamientos», ese es un enfoque central del libro blanco que ahora comentamos.

Además, el documento, en su presentación, refleja otra cuestión en absoluto baladí desde el ángulo del ciudadano, del consumidor. Aunque existan diferentes niveles administrativos, aunque coexistan distintas Administraciones sobre el territorio, las personas deben poder dirigirse a la Administración pública sin que se las maree innecesariamente con la manida frase: tiene usted que ir a otra oficina. Pienso que para solucionar este problema, especialmente grave en los Estados compuestos, se configuró en España la idea de la Administración Única o Común como posible modelo organizativo pensado para facilitar a la gente sus relaciones con la Administración Pública. En este sentido, el documento británico que ahora glosamos, señala que «para mejorar nuestra forma de prestar los servicios, necesitamos que todas las partes de la Administración trabajen mejor juntas. Necesitamos una Administración unida. Necesitamos una Administración integrada».

Es ya un tópico llamar la atención sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en la modernización de las estructuras públicas. Sin embargo, su aplicación razonable a la Administración pública puede simplificar el entramado administrativo y, sobre todo, puede conseguir que la entera Administración pública aparezca ante las personas con un rostro sencillo: necesitamos asegurarnos de que los servicios públicos se presten por medio de las mejores y más modernas técnicas, equiparables a las mejores del sector privado, entre ellas los centros de servicio integral (one-stop-shop), los puntos de contacto unificados que permitan enlazar desde un solo punto de acceso con una multiplicidad de departamentos ministeriales, y, especialmente, los servicios de la era de la información electrónica». En España, esta medida se reforma se conoce como «el portal administrativo» y se extiende, no sólo a la denominada Administración del Estado, sino a todo el conjunto de Administraciones Públicas.

«Modernizar la Administración es un programa a largo plazo». Estoy totalmente de acuerdo con esta afirmación de CUNNINGHAM. Es un proceso lento, que se debe dirigir, en el que lo importante es mantener el pulso, ir poniendo en marcha pequeñas reformas y, en todo caso, asegurarse de que el timón de la nave modernizadora está orientado hacia puerto seguro. El reto, como en cualquier proceso serio de modernización administrativa de una sociedad democrática avanzada es bien claro: «crear una Administración mejor para hacer mejor la vida del ciudadano». He aquí, en pocas palabras, el objetivo del libro blanco británico. Es un ob-

jetivo compartido por muchos procesos de reforma que están en marcha en la actualidad, como el español, por ejemplo, que refleja con rotundidad lo más importante, lo decisivo: que la Administración, y sus agentes, están para hacer mejor la vida del ciudadano.

Sabemos que hoy la Administración Pública es distinta a la de años atrás. Sabemos, como dice el libro blanco inglés que «la Administración debe afrontar el reto de los tiempos y aprovechar la oportunidad que le ofrece». Sabemos que los modos de gobernar de ayer a hoy ya no son válidos. Lo mismo se puede predicar de la tarea administrativa. Por eso, de lo que se trata, según me parece, es de poner al servicio del objetivo central: «hacer mejor la vida de la gente», las modernas técnicas y formas de dirigir el aparato público.

Para eso, me parece de gran trascendencia lo que dice el documento al señalar que «hemos de liberar el potencial que alberga nuestro cuerpo de funcionarios para impulsar nuestro programa de modernización en el conjunto de la Administración. Entre los funcionarios existe un gran entusiasmo y una firme voluntad de abordar los problemas que afronta la sociedad, de hacer mejor su trabajo». Sí, contar con la gente es elemental. Sin embargo, con frecuencia se hunden grandes proyectos porque falta en quien lo dirige esa capacidad de dirigir personas, esa capacidad de integración, esa capacidad de colocar a cada uno en su sitio, esa capacidad de sintonizar con las personas para que vayan en la misma dirección.

No nos engañemos, hoy no se puede seguir dirigiendo desde la cúpula a base de esquemas verticales, ni desde la fría distancia de quien se esconde en la jerarquía. Hoy hay que saber delegar, saber contar con los colaboradores. Saber pedir consejo, confiar en los demás. De lo contrario, la modernización no calará y, todo lo más, se quedará en lo formal y, como mucho, irá a ocupar un lugar en la biblioteca de la historia de las reformas y procesos de modernización fracasados.

En otro orden de cosas, también el libro blanco *Modernizar la Administración* sale al paso de otro tema de indudable interés. La dualidad servicios públicos-servicios privados ya no debe plantearse en términos de oposición, sino en el marco de complementariedad. Lo definitivo es hacer mejor la vida de la gente. Por eso, se puede leer en el documento que «la distinción entre los servicios que prestan los sectores público y privado se está desvaneciendo en muchos campos, abriendo camino a nuevas ideas, nuevos modos de cooperación y nuevas oportunidades para diseñar y ofrecer los servicios que el público demanda».

La modernización entraña una nueva forma de diseñar políticas y programas públicos, una nueva forma de prestar servicios públicos; una nueva

manera de ejecutar las demás funciones de una Administración Pública moderna. Hay que modernizar y reformar porque, al trabajar sobre la realidad, se percibe que hay luces y sombras. Se trata, para superar las sombras, de individuar bien las razones de numerosas ineficiencias. En el libro blanco se citan, como causas de las sombras, la organización, la inercia, la importancia del presupuesto, la aversión al riesgo, la dificultad de gestión, o la imagen de descrédito. Vayamos por partes.

Efectivamente, puede decirse que en ocasiones las instituciones públicas se organizan a partir de los funcionarios, teniendo poco presente a las personas que van a recibir esos servicios públicos. A veces, cuando no hay auténticos directivos públicos con ideas claras y con sensibilidad hacia los derechos de las personas, los que acaban mandando realmente en las organizaciones son los más interesados en proteger y mantener el «status quo» al precio que sea. Estas resistencias, como relata el documento británico «se ponen de manifiesto en el horario de atención al público, en el emplazamiento de las instituciones, en las exigencias que plantea el ciudadano, así como en la ayuda que prestan o dejan de prestar (...)».

La inercia es otra de las dificultades, no pequeña, de cualquier proceso de reforma y modernización administrativa. Hasta el mismo VON IHERING sentenció que es más fácil modificar las leyes que incidir sobre la inercia de las mentalidades. Se refería a la reforma administrativa y realmente tenía razón en su apreciación. La inercia pesa mucho en la Administración y en sus agentes, sobre todo cuando se analizan los éxitos y fracasos de las reformas emprendidas. El mejor aliado para combatir la inercia es mantener siempre vivo el espíritu renovador y reformador cada día y ser capaz de «encontrar» personas en los expedientes y no sólo largas y monótonas horas de trabajo anónimo. Los que de verdad saben dirigir, saben reconocer el trabajo de sus colaboradores y saben estimular su capacidad de trabajo a la par que saben llamar la atención sobre la importancia de la labor administrativa y su incidencia en la transformación de la sociedad.

Otro obstáculo es la excesiva importancia que se da, no lo olvidemos, al presupuesto en detrimento de los resultados. Probablemente, es más «importante» haber consumido el presupuesto asignado que obtener resultados. A veces, no se miden los resultados ni se conocen. Por eso, para la asignación del presupuesto de cada organismo o ministerio deben tenerse siempre presente los objetivos y su grado de consecución. En todo caso, se trata de un aproximación que debe entenderse en términos de complementariedad. ¿O es que no es posible ejecutar el presupuesto y cumplir los objetivos?

Aversión al riesgo, como señala el libro blanco inglés, es otra dificultad para la modernización, sobre todo porque normalmente la recompensa del éxito, cuando se puede medir, es bien limitada en la Administración Pública, mientras que «la penalización del fracaso suele ser grave. Con demasiada frecuencia este sistema suscita una aversión al riesgo».

También los gestores públicos sabemos que no pocas veces el ordenamiento administrativo está repleto de normas que no siempre favorecen una Administración Pública que de verdad pueda hacer mejor la vida de la gente. Por eso, me parece que hay que estar revisando permanentemente el ordenamiento jurídico-administrativo para que facilite la gestión orientada a las personas. Y, en todo caso, buscar el sentido del equilibrio, que es posible, entre legalidad, eficacia y servicio a la gente.

La última dificultad no es la menor. Es cierto, como recuerda el informe inglés que

...los funcionarios públicos trabajan con afán y dedicación, y muchos son tan innovadores y emprendedores como cualquier persona que no sea miembro de la Administración. Pero han sido desacreditados y desmoralizados injustamente durante bastante tiempo. Ha existido la presunción de que el sector privado siempre es mejor, y en el sector público no se ha prestado atención suficiente a la recompensa del éxito ni a equiparar a la Administración con las destrezas necesarias para elaborar y ejecutar políticas y servicios estratégicos de un modo moderno y eficaz.

Parece que es una afirmación universal que se va desmintiendo, poco a poco, con la realidad de las reformas en curso y con las estadísticas recientes sobre el funcionamiento de los servicios públicos y la opinión de los ciudadanos.

Obstáculos, dificultades y resistencias siempre las ha habido, las hay y las habrá. Si no, no sería un proceso de reforma o modernización de este mundo. La clave para superarlas se encuentra en una comprometida voluntad política en el empeño al más alto nivel, en un seguimiento periódico del proceso, en integrar a todos los colectivos y en caminar poco a poco, con pequeños pasos, pero seguros y siempre en la misma dirección.

El objetivo del libro blanco, lo recordamos, es hacer una Administración mejor para hacer mejor la vida de los ciudadanos. Pues bien, al servicio de esta gran aspiración, el documento británico plantea cinco compromisos esenciales: diseño de una política de futuro, servicios públicos para la gente, servicios públicos de calidad, uso de las nuevas tecnologías y potenciación de los servicios públicos.

El informe inglés tiene bien claro que la modernización entraña una política de futuro entendida como «proceso por el que los gobiernos traducen su visión política en programas y actuaciones para producir “resulta-

dos»: cambios deseados en el mundo real». Para eso, las medidas que se adoptan deben evaluarse permanentemente para saber si se abordan los problemas reales. Un elemento básico en este diseño viene de la mano de subrayar la experiencia en la que es fundamental entender la política como un «proceso continuo de aprendizaje, no como una serie de iniciativas aisladas» (...) Y en el que se incorpora al público, a expertos externos, a los colectivos concernidos y a los responsables de la ejecución de las medidas.

También es necesario asegurar que «los servicios públicos satisfagan las necesidades de los ciudadanos, no la comodidad de quienes lo prestan». De nuevo se aprecia en el documento la importancia de contar con la opinión de la gente: «Modernizar significa establecer un lazo de auténtica cooperación entre quienes prestan el servicio y quienes lo reciben (...) Tenemos que entregar servicios y programas que, además de ser eficientes y eficaces, sean también integrados y receptivos (...). El Gobierno se ha comprometido a prestar los servicios públicos 24 horas al día, los siete días de la semana, cuando así lo determine el público». Por eso, el Gobierno quiere servicios públicos que «escuchen las preocupaciones de la gente (...), sean sensibles a las necesidades de determinados grupos de personas o empresas (...), reflejen la vida real de la gente (...) y agilicen el proceso de presentación de quejas y obtención de respuestas cuando no se obtengan los resultados deseados».

Por supuesto, se trata de ofrecer «servicios públicos eficientes y de alta calidad y no tolerar la mediocridad». En este contexto es lógico que los organismos públicos «centren su atención en los resultados que importan al ciudadano, que supervisen y comuniquen su avance hacia el logro de esos resultados y que no permitan que las fronteras burocráticas se interpongan en el camino de la lógica cooperación». Se apuesta por el compromiso con la calidad, la mejora permanente y la evaluación del trabajo. Se adopta un enfoque pragmático de forma que, sin dogmatismos, se aplicará la privatización cuando se mejore de verdad la prestación del servicio.

Se utilizarán «las nuevas tecnologías para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y de las empresas». Así, se debe «provocar un cambio fundamental de nuestro modo de usar las tecnologías de la información. Tenemos que modernizar el propio proceso administrativo, logrando el funcionamiento conjunto de las distintas partes de la Administración y ofreciendo a los ciudadanos nuevos modos, eficientes y cómodos, de comunicar con la Administración y recibir sus servicios».

Para terminar, se trata de potenciar y valorar el servicio público en un ambiente de transformación permanente, de competencia, de mejora

continua. Para ello, el Gobierno se compromete a que los servicios públicos dispongan «de los medios necesarios para estar a la altura del desafío, de forma que los empleados públicos sean recompensados cuando logren resultados satisfactorios». En esta tarea, como no podía ser menos, se reconoce el papel de los sindicatos para lograr objetivos compartidos y se apuesta por seguir «trabajando en colaboración con ellos».

En el marco de subrayar la funcionalidad de los servicios públicos es capital, me interesa reflejarlo, la formación. Así, en el marco del Centro de Estudios Políticos de Gestión se integra el «Civil Service College», que

será el responsable de la formación y preparación corporativa de los funcionarios (...), garantizará que los actuales y futuros líderes del cuerpo de funcionarios tengan contacto con las más avanzadas ideas y reflexiones sobre gestión y liderazgo (...), se mantendrá al tanto de los últimos avances en el campo de la Administración y gestión públicas y actuará como depositario de la mejor práctica (...) Y colaborará con las unidades de investigación y evaluación de los distintos departamentos para fortalecer y desarrollar la capacidad de evaluación de las políticas y coordinar la evaluación de las políticas transversales.

Se insiste, igualmente, en la motivación e implicación del personal a través del mejor uso de los incentivos no salariales y de la recompensa en función del rendimiento y del trabajo bien hecho.

También se subraya la tradición de los servicios públicos en el compromiso con la equidad y con la diversidad de la sociedad.

Finalmente, se impulsarán los llamados laboratorios de aprendizaje para la búsqueda de soluciones a los problemas, se facilitará la movilidad del personal, se crearán oportunidades para que el personal joven capacitado sea promocionado razonablemente y se potenciará la innovación, la cooperación y la excelencia en la prestación de los servicios.

Hasta aquí el comentario a este relevante documento. Documento que está empapado de la filosofía de una nueva forma de trabajar pensando en la gente, por una metodología del entendimiento, por una mentalidad abierta y por un compromiso creciente con la equidad y la solidaridad.

El tiempo nos dirá si las medidas propuestas se llevaron a buen fin y contribuyeron a una mejor Administración Pública para mejorar la vida de la gente.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la simplificación de trámites administrativos

ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA*

PRELIMINAR

EN LA GACETA OFICIAL Número 36.845, de fecha 7 de diciembre de 1999, se recoge la publicación —como *reimpresión por errores materiales*—, del texto correspondiente al Decreto N° 368, emanado de la Presidencia de la República en fecha 5 de octubre del mismo año, e identificado como «Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos». El acto en referencia es dictado de conformidad con lo dispuesto en el literal e), numeral 1 del artículo 1° de la Ley Orgánica que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público.

La mención relativa a la publicación *por error material o error de copia*, obedece a la reiteración con la que tal circunstancia se produce en nuestro medio desde hace ya algún tiempo, evidenciando, por decir lo menos, una clara, generalizada y sostenida ineficiencia en los órganos administrativos encargados de los procesos decisionales y de los responsables por los trámites formales de revisión y publicación de las decisiones públicas sometidas a tal requisito. Este asunto en cuestión viene siendo observado con justificada preocupación, y ha sido objeto de profundas y severas críticas por la doctrina nacional (véase: José PEÑA SOLÍS: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, p. 136); pero en el contexto sustantivo donde se inserta del texto normativo aludido cobra mayor significación.

* Coordinador del Postgrado en Administrativo. Universidad Central de Venezuela.

En cualquier caso, frente a la existencia de tal decisión pública, producida por el órgano cúspide del aparato administrativo del Estado, en ejercicio de facultades normativas de carácter extraordinario (véase al respecto: Antonio MOLES CAUBET: «Dogmática de los Decretos-Leyes», en *Estudios de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 323 y ss.), nos proponemos pasar revista sobre algunos aspectos del mencionado Decreto-Ley, con el objeto de conocer su alcance efectivo en el ámbito del régimen jurídico aplicable a los procedimientos administrativos, a través de la evaluación de sus puntos de contacto con la normativa legal básica o fundamental en la materia (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), su aplicabilidad directa a las relaciones jurídicas de los administrados con la Administración, y finalmente su propia esencia y efectos sobre la estructura y comportamiento del aparato burocrático del Estado, pieza clave e insustituible en una realidad social mínimamente compleja, para alcanzar niveles aceptables de satisfacción y bienestar en favor de sus miembros.

En síntesis, intentamos realizar un ejercicio de evaluación sobre la coherencia interna y la plausibilidad del Decreto Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, en el escenario que dibuja un conjunto de complejas manifestaciones de carácter político y social presentes en el país en los últimos años, para lo cual comenzaremos por revisar la naturaleza del instrumento jurídico producido y su eficacia en atención a los objetivos declarados.

I. UN DECRETO-LEY ¿PARA QUÉ?

Conforme al régimen establecido por la Constitución de 1961, vigente para el momento en que se produce el «Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos», la figura del Decreto-Ley aparece, en una de sus posibles manifestaciones, como una atribución del Presidente de la República, a ser ejercida en Consejo de Ministros, consistente en: «Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial» (artículo 190, ordinal 8°).

Sin lugar a dudas, el acto bajo análisis en el presente caso, se inscribe en la categoría indicada, pues en su propio texto se hace mención expresa a la Ley especial autorizatoria requerida por la disposición constitucional.

En tal sentido, y dentro de la tendencia generalizada por el empleo excesivo e indiscriminado de este instrumento *excepcional*, que se manifiesta como una constante en los últimos períodos presidenciales, aparece el mencionado Decreto 368, referido a la *simplificación de trámites admi-*

nistrativos, por lo que debe entenderse que el Ejecutivo Nacional, en respeto a la doctrina derivable de la norma constitucional, incorporaba tal decisión, en un escenario más amplio, relativo en su esencia a cuestiones económicas o financieras puestas de relieve, en la oportunidad de asumir la decisión, por el requerimiento del interés público.

No hace falta un análisis de mayor profundidad o extensión, para entender y aceptar la viabilidad teórica de una posible interconexión entre las actuaciones del aparato administrativo del Estado (trámites), y la realidad económica o financiera del país, en cuanto a los efectos que indistintamente y de manera recíproca pudieran producirse en ambos campos, como resultado de las manifestaciones correspondientes a la dinámica que en cada realidad se presente.

De este modo, es claro que el adecuado diseño de un determinado procedimiento administrativo, y dentro de éste, de un determinado trámite conjunto de trámites —lo que no significa necesariamente su simplicidad o brevedad—, podrá derivar en beneficio de su eficiencia, que al mismo tiempo redundará en economías (de tiempo, de aplicación de recursos, de esfuerzos, etc.) traducibles finalmente en términos pecuniarios. Otro efecto económico de un adecuado diseño de los cauces procedimentales que aparece claramente en la observación del fenómeno, está asociado con las ventajas que tal circunstancia genera en los operadores incorporados al aparato administrativo público, en cuanto a formación, capacitación y estímulo al ejercicio de sus tareas.

También en sentido inverso pueden detectarse influencias o efectos derivados de la situación concreta del proceso económico o de coyunturas financieras sobre los procedimientos administrativos y las posibilidades de actuación que presenten los órganos de la Administración Pública frente a las solicitudes de los administrados.

En cualquier supuesto factible dentro del marco teórico aludido, los datos disponibles no permiten evidenciar una fundamentación específica para adoptar la decisión que ahora se analiza, por lo que, desde este punto de vista resulta un tanto difícil producir alguna conclusión crítica en cuanto a la obtención de resultados concretos, ya que se carece de parámetros referenciales adecuados para el necesario ejercicio de contraste que implica una valoración de tal naturaleza.

En cualquier caso, independientemente de la procedencia o no de la inserción del asunto tratado en el Decreto-Ley dentro del campo de lo económico o financiero, y del carácter de excepcionalidad o urgencia que dentro de ese específico ámbito pudiera tener el tema y su tratamiento por la vía seleccionada, es lo cierto que el acto normativo existe, y con

las características jurídicas anotadas, lo que le asigna unas precisas condiciones para el análisis crítico, desde la perspectiva científica.

El Decreto-Ley, conforme a los parámetros normativos que dibujaba la Constitución de 1961 constituye un acto normativo, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y en ejercicio de una atribución asignada directamente por la norma constitucional, cuyo ejercicio presupone la existencia de un acto de carácter autorizatorio producido por el órgano legislativo nacional (Congreso). Pero tal vez la nota más destacada para la determinación de las características peculiares de este acto, es que el mismo ostenta el rango de ley formal (véase: MOLES CAUBET, Antonio, op. cit).

Ahora bien, haciendo abstracción de la procedencia o no de producir normas con el rango de Ley Orgánica mediante la vía de los Decretos-Leyes, es lo cierto que en el caso concreto que nos ocupa, el Decreto en cuestión no contiene ninguna mención adicional a su calificación como «Decreto con rango y fuerza de ley», de lo cual es lógico concluir que se trata de un acto con rango y fuerza de ley ordinaria, y no de ley orgánica.

Siendo así, es también forzoso concluir que sus disposiciones, para poder ser consideradas válidas en derecho, estarán necesariamente sujetas, a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos vigente (G.O. 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981), en acatamiento al precepto contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1961 («...Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas...»).

Este régimen de subordinación entre disposiciones normativas con rango legal, puede decirse que se mantiene en el nuevo texto constitucional de 1999, a partir de lo contemplado en el encabezamiento de su artículo 203, al establecer como leyes orgánicas aquellas «...que sirvan de marco normativo a otras leyes...», con lo cual, aun cuando cambien los términos de la formulación, las consecuencias o efectos de la categorización se mantienen, pues resulta evidente la necesaria subordinación que deben tener las *otras leyes* (ordinarias), en relación con aquellas —orgánicas—, que puedan *servirles de marco*. No cabe duda que el alcance de la mención en comento, no puede ser otro que el de determinar precisamente un marco normativo.

Todo lo dicho lleva a concluir que dentro de los elementos utilizables como referentes a los fines de la evaluación requerida para el análisis del acto tantas veces mencionado está la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y los puntos de encuentro o incidencias que en razón de la comunidad sustantiva, deben existir entre ambos textos legales.

Entonces, en atención a los anteriores razonamientos surge la interrogante inicial, relativa a la necesidad o ventajas del empleo de la figura del Decreto-Ley para el abordaje de la temática tratada en sus regulaciones, más aún cuando revisamos el contenido del artículo 1º del Decreto-Ley, que determina como su objeto: «...establecer los principios y bases conforme a los cuales, los órganos de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional, realizarán la simplificación de los trámites administrativos que se efectúen ante los mismos».

Ante esta declaratoria inicial de objetivos a cumplir cabe preguntarse preliminarmente si no sería más adecuado un instrumento menos pomposo que el Decreto-Ley, pero tal vez más efectivo, como lo sería un Instructivo Presidencial o incluso, apelar a la vía de un Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que estableciera, de manera directa e inmediata los aspectos susceptibles de ser tratados por esa vía de normación, produciendo un estadio de avance más determinante e inmediato que el que vamos a ver seguidamente se postula por el cauce que dibuja la decisión adoptada.

En todo caso, será en definitiva el ejercicio de análisis que podamos consignar en las líneas siguientes, el que nos permitirá arribar a conclusiones más precisas y fundamentadas sobre esta primera cuestión propuesta. Para ello resulta un itinerario apropiado contrastar, al menos en algunos aspectos generales, los contenidos del Decreto-Ley sobre simplificación de trámites, con las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que opera como tope limitativo de la validez jurídica y como marco referencial, en lo legal, de aquél.

2. EL DECRETO-LEY Y SU ENTORNO NORMATIVO

En este aspecto del enfoque, tomamos como punto de partida general, los postulados básicos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en cuanto a la actividad administrativa, la cual se fundamenta en estos cuatro principios (artículo 30): economía (procedimental), eficacia, celeridad e imparcialidad (además, artículo 36), los cuales resultan aplicables, por su carácter de principios jurídicos de actuación, tanto a la interpretación del ordenamiento, como a la resolución de los casos concretos que se presenten a la consideración y/o decisión del operador jurídico administrativo correspondiente. Por ello, corresponde como responsabilidad a las autoridades administrativas superiores de cada organismo, la obligación de velar por el cumplimiento de estos principios, convertidos en preceptos, en la oportunidad de resolver cuestiones relativas a las normas de procedimientos (artículo 30 LOPA).

Por lo que respecta al principio de celeridad, su expresión preceptiva se encuentra desplegada a lo largo de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, fundamentalmente de dos maneras: primera, sujetando toda la actuación administrativa a términos y plazos y determinando las reglas de interpretación y aplicación de los mismos (Capítulo III del Título II); pero además, haciendo que la Administración impulse el procedimiento en todos sus trámites, en tanto una obligación de cuyo cumplimiento es responsable:

Artículo 53. La administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

Podría decirse, en consecuencia, por lo que respecta al principio de celeridad, que cada una de las distintas actuaciones tiene una medida de tiempo que la rige dentro de la estructura general del procedimiento, pues el mismo impone términos y plazos imperativos, exigibles, dado que la infracción a tales determinantes preceptivas acarrea responsabilidades administrativas, disciplinarias y civiles, según sea el caso.

En el momento actual esas fórmulas principistas se encuentran reforzadas por la constitucionalización de su expresión preceptiva, al contemplarse en el texto constitucional de 1999, el dispositivo que se transcribe a continuación:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

De otra parte, por lo que respecta a la celeridad y simplificación de los trámites procedimentales, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contempla la figura del Procedimiento Sumario, consistente en un procedimiento simplificado, cuando el asunto sometido a consideración y decisión del órgano administrativo no requiera mayor tramitación, en cuyo caso se iniciará de oficio y deberá concluir en el término de treinta (30) días (artículo 67), pudiendo convertirse al procedimiento ordinario, por decisión del funcionario sustanciador, previa audiencia del interesado y con autorización del superior jerárquico inmediato, en aquellos casos en que a su juicio, la complejidad del asunto así lo exigiere (artículo 68).

En igual sentido, y como un mecanismo de protección de los derechos e intereses de los administrados, la Ley arbitra efectos jurídicos al supuesto del silencio procedimental. Así, en el caso de que un órgano adminis-

trativo no resuelva un asunto o recurso planteado a su consideración, dentro de los lapsos correspondientes, se considera que ha resuelto de manera negativa, permitiendo al interesado intentar el recurso inmediato siguiente, salvo en los casos en que exista disposición expresa en contrario. El ejercicio de tal facultad procedimental por parte del interesado releva al órgano administrativo o funcionario de las responsabilidades que pudieran serle imputables por la omisión o demora (artículos 4, 56 y 100 a 105).

También en este caso se hace presente la constitucionalización del supuesto de responsabilidad, ahora como una garantía al derecho de petición previsto en el artículo 51 de la Constitución de 1999, bajo el texto siguiente:

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de estos o estas y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

En síntesis, el momento de producción y vigencia del Decreto-Ley sobre simplificación de trámites administrativos encuentra un conjunto de referencias en el ordenamiento jurídico positivo vigente, algunas de las cuales se erigen en la categoría de principios, reconocidos como tales por la posterior reforma constitucional, que los incorpora a su texto dispositivo categorizándolos, en consecuencia, como preceptos vinculantes de indudable aplicación directa e inmediata.

3. EL DECRETO-LEY Y LA LOPA. PUNTOS DE ENCUENTRO

Vistos de manera general y esquemática, los procedimientos que regula la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pueden sistematizarse en tres grandes categorías, atendiendo a su tramitación (procedimiento ordinario y sumario), atendiendo a la naturaleza del acto que genera (procedimiento de primer grado y procedimiento de segundo grado o de revisión), y finalmente, atendiendo a su contenido sustantivo (procedimientos de prescripción y procedimientos sancionatorios).

Abordar el análisis de la incidencia o los puntos de contacto existentes entre el Decreto-Ley sobre simplificación de trámites administrativos y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, comporta contrastar sus contenidos en aquellos puntos que resulten más relevantes, para deducir conclusiones.

Es oportuno precisar que en la presente oportunidad no pretendemos realizar un ejercicio de legalidad formal, dirigido a detectar posibles con-

tradiciones entre los instrumentos normativos bajo estudio, aun cuando en algún momento se pueda poner de manifiesto un supuesto de esta naturaleza. Nuestro objetivo central está primordialmente, en revisar la eficacia del Decreto-Ley como instrumento operativo, tanto en su coherencia interna y su vinculación con uno de los componentes más destacados del sistema normativo en el cual se inserta (LOPA), a fin de poder proponer valoraciones de plausibilidad dirigidas a poner de manifiesto los efectos reales de su puesta en vigencia en el entorno de la función administrativa del Estado y sus relaciones con los administrados.

En la búsqueda de esos objetivos comenzamos por pasar revista de manera panorámica a los contenidos del Decreto-Ley, para descifrar, en primer término, su direccionalidad y alcance normativo.

3.1. Carácter programático del Decreto-Ley

Como ya se indicó, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 1º del Decreto-Ley, el objeto (finalidad) del mismo está en el establecimiento de los «principios y bases», conforme a los cuales los órganos de la Administración Pública Nacional, tanto central como descentralizada funcionalmente, deben realizar la simplificación de «...los trámites administrativos que se efectúen ante los mismos...». Luego se añade, en el artículo 2º, que sus disposiciones podrán ser aplicadas supletoriamente a las Administraciones Públicas estatales y municipales, y a los demás organismos «que tengan un régimen especial», en aquellos aspectos no regulados por «su Constitución y leyes respectivas».

De otra parte, en el artículo 3º se precisa que a los efectos del Decreto-Ley «...se entiende por trámites administrativos las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares ante los órganos y entes de la Administración Pública para la resolución de un asunto determinado...».

Un primer dato que nos aporta la lectura del texto expreso del Decreto-Ley está en el carácter programático que se asigna, al fijarse como finalidad el establecimiento de principios y bases para que los órganos de la Administración Pública desplieguen un conjunto de actividades tendentes a «...la simplificación de los trámites administrativos que se efectúan ante los mismos...».

En consecuencia, se trata de un cuerpo normativo con efectos fundamentalmente internos, dictado por el Presidente de la República, teniendo como destinatario a la propia Administración, por lo que, en principio, sus normas no serían directamente aplicables a los administrados y a las relaciones de éstos con el aparato administrativo del Estado, al menos por

lo que permite apreciarse en un primer contacto con sus disposiciones generales.

Pero esta apreciación inicial tiende a reafirmarse a medida que se penetra en la lectura del texto.

Así, el encabezamiento del artículo 5º establece:

Artículo 5º. Cada uno de los órganos y entes de la Administración Pública, en el ámbito de sus competencias, llevará a cabo la simplificación de los trámites administrativos que se realicen ante los mismos. A tales fines, elaborarán sus respectivos planes de simplificación de trámites administrativos, con fundamento en las bases y principios establecidos en esta Decreto-Ley y de conformidad con los siguientes lineamientos...

Luego, en el artículo 6º se establecen los aspectos mínimos que deberán contener los planes de simplificación de trámites *a elaborar por los órganos y entes de la Administración Pública obligados por el Decreto-Ley*. Son éstos: la identificación de los trámites que se realizan con mayor frecuencia en el órgano o ente respectivo, la clasificación de los trámites de acuerdo con los destinatarios de los mismos, la determinación de los objetos y metas a alcanzar en un lapso establecido, y la identificación de los indicadores de gestión conforme a los cuales debe realizarse la evaluación de la ejecución de los planes.

El artículo 7º impone a los órganos y entes de la Administración Pública, «conjuntamente con el órgano competente», el deber de hacer del conocimiento de los ciudadanos los planes de simplificación de trámites administrativos que dicten.

De su parte, el artículo 8º precisa como principios con base a los cuales deben elaborarse los planes de simplificación de trámites administrativos por parte de «los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley», los siguientes: a) presunción de buena fe del ciudadano; b) simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública; c) actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos y d) desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de decisión.

A partir de esta disposición el Decreto-Ley desarrolla en detalle y precisa el alcance de los principios enunciados en ella, como instrucciones dirigidas de manera directa y precisa a las entidades y los órganos de la Administración Pública Nacional obligados a la realización práctica de sus contenidos.

De este modo, son abundantes y consistentes las referencias contenidas a lo largo del cuerpo normativo en cuanto a las actividades que, en cumplimiento de sus prescripciones, y para el logro efectivo de los objetivos

perseguidos, deben asumir los operadores y las instancias de decisión del aparato administrativo público.

Para constatar la presencia real del sentido y alcance del instrumento, basta con citar, aun cuando sea brevemente, una muestra medianamente representativa del elenco de disposiciones demostrativas de la orientación que se señala, dentro de la normativa indicada.

En este orden de ideas podemos reconocer, sin mayor grado de dificultad, que en todos los Capítulos integrantes del Título III (De los Principios que regulan la Simplificación de Trámites Administrativos), que configura la columna vertebral del Decreto-Ley, las disposiciones normativas que tienen como destinatario directo, preciso y único a los órganos y entes de la Administración Pública.

De este modo aparecen, entre otros, la mención relativa al deber de mejorar o rediseñar los trámites administrativos para cubrir el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para contemplar posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano (artículo 9); el deber de realizar un inventario de documentos y requisitos, cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe (artículo 10); el deber de abstenerse de exigir a los administrados pruebas distintas o adicionales a aquéllas expresamente señaladas por la Ley (artículo 12); el deber de abstenerse de exigir algún tipo de prueba para hechos no controvertidos en el procedimiento (artículo 13); la obligación de aceptar documento privado en sustitución de documento público y copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente (artículo 14); la no exigibilidad de cumplimiento de requisitos acreditados para la culminación de un trámite anterior ya cumplido, cuando éste debió acreditarse conforme a la normativa aplicable, y la presunción de cumplimiento de dichos requisitos (artículo 15); la no exigibilidad de comprobantes de pagos correspondientes a periodos anteriores como condición para aceptar un nuevo pago (artículo 16); la no exigibilidad de presentación de solvencias para la realización de trámites ante la misma dependencia encargada de su emisión (artículo 17); el establecimiento y ejercicio de mecanismos idóneos de control posterior (artículos 18 y 19).

El listado puede continuarse hasta agotar el contenido completo del texto normativo, y en general se mantiene la constante de identificar como destinatario a los órganos y entes de la Administración Pública, en tanto responsables por la elaboración de los correspondientes planes para la simplificación de los trámites administrativos en su área específica de competencias materiales, por lo que no cabe duda, en cuanto al carácter programático del Decreto-Ley, y en consecuencia, la no aplicabilidad di-

recta de sus disposiciones a situaciones concretas relativas a procedimientos administrativos.

Independientemente de los comentarios que seguidamente haremos sobre el grado de sintonía que pueden tener las normas contenidas en el Decreto-Ley con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de lo cual podría deducirse un análisis de legalidad formal que, insistimos, no es el objetivo propuesto en la presente oportunidad, es factible que un interesado alegue en su beneficio disposiciones contenidas en el Decreto-Ley, que pudieran resultar favorables a su esfera de derechos e intereses, en cuyo caso la apreciación que de las mismas correspondería hacer, queda en el terreno de la apreciación de criterios generales de los órganos superiores de la Administración, reforzados por su posible inserción en postulados legales vigentes, aplicables a las relaciones jurídico-administrativas; pero estimamos que, salvo situaciones de tal naturaleza, no resulta válido exigir su cumplimiento directo e inmediato a los órganos de la Administración, por el carácter programático e interno del instrumento.

3.2. Sintonía con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Por otra parte, resulta interesante revisar la sincronización del Decreto-Ley con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para lo cual importa destacar, en primer plano, aquellos aspectos o puntos en los cuales se detecta discrepancia o incoherencia, ya que en los cuales existe perfecta sintonía no hay mayor interés, pues el esquema propio del sistema normativo nos lleva a concluir que en tales casos, la norma del Decreto-Ley tiene plena presencia, amparada en el correspondiente dispositivo normativo de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos con el cual se relaciona, todo ello, en aplicación de los postulados constitucionales que postulan el régimen de las Leyes Orgánicas y los otros posibles actos normativos de rango legal.

El elemento nuclear del Decreto-Ley está en los *trámites administrativos* y su simplificación, a través de las tareas de planificación que al respecto deben cumplir indiscriminadamente los órganos y entes integrantes de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional, siendo igualmente de aplicación supletoria, en lo que así fuere aplicable, a los órganos y entes de las estructuras administrativas de los Estados y Municipios.

De este modo, resulta claro que un término clave para la lectura y adecuada interpretación del instrumento, está en el término *trámite admi-*

nistrativo, que e su artículo 3º define el Decreto-Ley en los términos siguientes:

Artículo 3º. A los efectos de este Decreto-Ley, se entiende por trámites administrativos las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares ante los órganos y entes de la Administración Pública para la resolución de un asunto determinado.» (Destacado de este estudio)

La definición transcrita, cuyo sentido se reafirma y refuerza a lo largo de todo el texto normativo, guarda poca o ninguna relación con la noción de *trámite administrativo* que encontramos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, mientras en el Decreto-Ley la noción de trámite se predica de las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares ante órganos administrativos, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el vocablo identifica actuaciones de los funcionarios de la Administración.

Así, el artículo 3º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone:

Artículo 3º. Los funcionarios y demás personas que prestan servicios en la administración pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran.

Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, *trámite* o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto. (Destacado de este estudio).

En igual sentido pueden encontrarse referencias en los artículos 6º: «...el funcionario o funcionarios a quienes compete la tramitación del asunto...»; 29: «...Los administrados están obligados a comparecer a las oficinas públicas cuando sean requeridos, previa notificación hecha por los funcionarios competentes para la tramitación de los asuntos en los cuales aquéllos tengan interés...»; 35: «...Los órganos administrativos utilizarán procedimientos expeditivos en la tramitación de aquellos asuntos que así lo justifiquen...»; 54: «...La autoridad administrativa a la que corresponda la tramitación del expediente solicitará de las otras autoridades u organismos...»; 100: «...El funcionario o empleado público responsable de retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo, establecido en la presente Ley...».

Ello evidencia que es una constante para la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la noción de *trámite* como actuación imputable a los

órganos, funcionarios o empleados públicos, y no a los «particulares», como dispone el Decreto-Ley.

Pero la atención a este punto no se agota en un simple prurito lingüístico, que por lo demás no sería descalificable o despreciable, siendo el lenguaje el instrumento imprescindible para la comunicación, con lo cual, la exigencia por su empleo preciso y adecuado se hace más patente en las expresiones oficiales de los dirigentes.

El efecto consecuencial del empleo del término en la acepción utilizada por el Decreto-Ley, no sólo determina discrepancia con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a la cual debe sumisión, sino lo que es más grave, hace evidente una incoherencia interna del Decreto-Ley, pues resulta simplemente absurdo pensar que se pretendan establecer bases y principios conforme a los cuales la Administración Pública proceda a diseñar los planes necesarios para *simplificar las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares*.

Una clara expresión de la incoherencia anotada se aprecia de la lectura de la norma contenida en el artículo 56 del Decreto-Ley y su comparación o contraste con la definición legal que aporta su artículo 3º. Dice el artículo 56:

Artículo 56. Los funcionarios y empleados al servicio de los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, que sean responsables de retardo, omisión o distorsión de los trámites a que se refiere el artículo 3º de este Decreto-Ley, así como del incumplimiento del mismo, serán sancionados con multa...». (Destacado nuestro).

Haciendo un análisis integrado de la disposición parcialmente transcrita, con el contenido del artículo 3º, al cual remite expresamente, resulta *inaplicable o inútil la norma que prescribe la sanción, o bien inadecuada o falsa la definición de trámite que consagra el artículo 3º*, ya que, si entendemos por *trámite*, a los efectos del Decreto-Ley, «las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares», mal podemos imaginar un supuesto en que *funcionarios o empleados* puedan ser *responsables por retardos, omisiones o distorsiones*, ya que se trata de actividades que no dependen de ellos, sino de agentes totalmente distintos, como son los particulares.

Ciertamente, resulta mucho más adecuado y coherente entender que lo que racionaliza, simplifica o modela la Administración, o en definitiva el centro de decisiones públicas competente para ello, es, precisamente el complejo de actuaciones que le corresponde cumplir al agente u operador administrativo público y no las actividades que realizan los «particulares».

Pero además de estos aspectos de carácter terminológico, existen otros puntos en los cuales se aprecian marcadas diferencias entre el texto del Decreto-Ley y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, tal como sucede, por ejemplo, con lo previsto en los artículos 13 y 14 del Decreto-Ley, que imponen a los operadores de la Administración Pública el deber de abstenerse de exigir algún tipo de prueba para hechos no controvertidos, presumiendo como cierta la información declarada o proporcionada por el ciudadano en su solicitud o reclamación, así como la obligación de aceptar la presentación de instrumento privado en sustitución de instrumento público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente, salvo en los casos expresamente previstos en la Ley.

Como contraste a lo prescrito en tales disposiciones, aparecen los contenidos de los artículos 58 y 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

Artículo 58. Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.

Artículo 69. En el procedimiento sumario la administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto.

La evidente contraposición de soluciones normativas sólo encuentra, a nuestro juicio, una solución diferente a la ilegalidad de las normas contenidas en el Decreto-Ley, por su necesaria subordinación jerárquica respecto de las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Tal solución viene dada, precisamente, por el carácter programático del Decreto-Ley, que sólo prescribe pautas para el diseño de las propuestas o planes de simplificación de trámites administrativos que corresponde realizar a los órganos y entes de la Administración Pública.

No obstante, es oportuno considerar que este esquema interpretativo, si bien salva la consecuencia de ilegalidad de las normas del Decreto-Ley, presenta otros aspectos de orden crítico, tanto en lo estrictamente jurídico, como en lo gerencial u operativo, que serán planteados más adelante.

4. EL ANÁLISIS DE PLAUSIBILIDAD

Sin lugar a dudas, ante el planteamiento de mejorar cualquier situación que nos parezca mínimamente deficiente, la respuesta es comúnmente

afirmativa. La tendencia hacia la búsqueda de estadios de mejor calidad de vida es una característica inherente al ser humano, que tiende a potenciarse por las condiciones propias de vida en comunidad, y más aún cuando esas condiciones perfilan niveles elevados de complejidad que comportan oportunidades de intercambio y contraste, lo que permite conocer la existencia de experiencias y sistemas que ofrecen más elevados niveles de satisfacción.

El contacto con la burocracia pública es una escena ineludible en la vida cotidiana del hombre contemporáneo, y aun contando con la presencia de las herramientas tecnológicas que aporta el destacado avance en las telecomunicaciones, que constituye el signo de los últimos tiempos, debemos considerar como una constante el hecho de relacionarnos con la Administración Pública, lo que en muy pocas ocasiones constituye un motivo de alegría, sobre todo cuando subyace en nuestro archivo de experiencias situaciones de incomodidad e insatisfacción que afloran constantemente para alertarnos frente a un nuevo evento.

Nuestro medio está muy lejos de escapar a la realidad antes aludida. En tal sentido son elocuentes, además de certeras, las palabras que al respecto ofrece el destacado Profesor Luis A. Ortiz-Álvarez al tocar, precisamente, el tema del Decreto-Ley sobre simplificación de trámites administrativos, que nos ocupa en esta oportunidad.

Dice el Profesor Ortiz-Álvarez:

...Cualquiera que alguna vez haya tenido la oportunidad —lamentablemente todos tenemos estas oportunidades constantemente— de lidiar ante una oficina pública para realizar alguna gestión o trámite personal o profesional, seguramente habrá podido comprobar lo que es una auténtica experiencia de frustración.

Antes de ir a una oficina pública hay, literalmente, que mentalizarse y tomarse varias dosis de paciencia, siempre insuficientes ante los grandes niveles de despotismo y nepotismo y ante la corrupción, el caciquismo, la ignorancia y la agresión funcionarial. La percepción del ciudadano frente al funcionario medio de cualquier organismo público es bastante baja, en realidad avergonzante... (Luis A. ORTIZ-ÁLVAREZ: «¿Hacia una mejora de los trámites administrativos?». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7. Ed Sherwood. Caracas, sept.-dic. 1999, pp. 341 y ss.)

Dentro de este enfoque es perfectamente comprensible que cualquier propuesta presentada como un instrumento dirigido a producir mejoras en la situación existente produzca una reacción inicial de aceptación y respaldo que, sin embargo, puede trastocarse en un efecto de confusión y mayor frustración, cuando la presunta solución termina resultando no ser tal, en razón de la inconsistencia que afecta internamente a la receta

propuesta y debilita al instrumento en su propia esencia, haciéndolo incapaz de provocar los efectos ofrecidos.

Una cosa es la posibilidad virtual, e incluso la potencialidad teórica que pueda exhibir una determinada propuesta de solución instrumental, y otra muy diferente es la capacidad de generación real y efectiva de resultados que podemos derivar de la misma, lo que coloca el tema en el campo de la concepción cierta de verdaderas soluciones, más que en la construcción de parapetos o mamparas que sirvan de refugio temporal a la ineficiencia o incapacidad del decisor público, o la presentación de una supuesta «hiperactividad», vacía de contenido, que no pasa de ser simple y vulgar propaganda de un producto inexistente, o incluso, en algunos casos un placebo que intenta mitigar artificiosamente la sintomatología del paciente, sin atacar el fondo de la dolencia que lo aqueja.

La prueba de plausibilidad de cualquier decisión inscrita en el campo de las políticas públicas apunta a la evaluación de su admisibilidad o aceptabilidad, partiendo fundamentalmente de su propia consistencia, de su efectividad cierta y no virtual, y despojándola de las apreciaciones sentimentales o sesgadas hacia la buena intencionalidad que las origina o acompaña.

Se trata, en síntesis, de poner en evidencia, en qué medida una decisión pública concreta y específica es susceptible de ponerse en práctica y cuáles pueden ser, en términos de certeza comprobable, las expectativas válidas de resultados, en función de la aplicabilidad del instrumento, para lo cual resulta útil, además del componente jurídico, la revisión del mapa técnico que ofrece internamente la propuesta, y su vinculación con el entorno en el cual se inserta y debe funcionar.

En el caso concreto que nos ocupa, el Decreto-Ley está dirigido, de manera abierta e indiscriminada a «cada uno de los órganos y entes de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente», a nivel nacional (artículos 1º y 5º), para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, lleven a cabo la simplificación de los trámites administrativos que se realicen ante los mismos, mediante la elaboración de unos «planes de simplificación de trámites administrativos» (artículo 6º), que deberán hacerse del conocimiento de los ciudadanos a través de su publicación en la Gaceta Oficial y dándoles la «publicidad necesaria», entre otras vías, por los medios de comunicación social (artículo 7º).

Un primer planteamiento de plausibilidad sobre el asunto surge al preguntarse sobre la expectativa de respuesta que pudieron tener los ideólogos del planteamiento, siendo que, la sola lectura del Decreto-Ley permite arribar a la conclusión de que quienes lo elaboraron entienden

que el aparato administrativo del Estado está infectado de funcionarios reacios al cumplimiento de sus deberes con la dedicación y probidad necesarias, o cuando menos, carecen de la formación técnica y la mística requerida para dar adecuada respuesta a las demandas de los usuarios.

Frente a esta conclusión resulta ingenuo, por decir lo menos, pensar que quienes operan un sistema perverso, en beneficio de sus propios intereses, o en razón de la incapacidad para hacerlo eficiente y éticamente funcional, van a responder de manera sumisa al llamado para el cambio, siendo que las modificaciones al sistema así montado deben producirse en sus propias iniciativas.

Si manejamos la hipótesis de la perversión deliberada, no encontramos ningún elemento de juicio capaz de hacernos pensar que se producirá un cambio conductual radical, que casi raya en la manifestación de un milagro colectivo, por el solo hecho de que él, Presidente de la República, por más popular y revolucionario que pueda ser, emita un Decreto-Ley, en ejercicio de atribuciones constitucionales extraordinarias, exigiendo tal cambio de conducta.

Si por el contrario nos ubicamos en la hipótesis de la incapacidad o la ignorancia, que no es excluyente de la anterior, y puede ser perfectamente complementaria de aquélla, en la proporción que querramos darle a cada una, la conclusión no es diferente, sólo que en este caso el valor taumático de la decisión estaría en la transformación intelectual de los funcionarios al servicio de la Administración Pública.

Pero junto a esto, aparece el carácter indiscriminado y abierto del llamado, que tiende a generar confusión, o cuando menos dispersa la efectividad de la medida, al permitir que cualquier unidad de decisión dentro de la Administración Pública Nacional, asuma o deje de asumir la responsabilidad por cumplir los postulados del Decreto-Ley, en el sentido de considerarse comprometido o no en términos precisos, por las disposiciones en él contenidas.

De otra parte, la generalidad anotada no es sólo un lo cuantitativo, por lo que respecta al número y variedad estructural de destinatarios. También resulta genérico y ambiguo en los lineamientos que presenta para orientar la tarea que se impone a los órganos y entes de la Administración. ¿Qué puede entenderse por *trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública?*; ¿cómo identificar *cuáles trámites hacen menos eficiente el funcionamiento de la Administración Pública?*; ¿*cuáles trámites propician conductas deshonestas de los funcionarios?* (artículo 5º, 1). Adicionalmente, y en la misma línea de análisis que venimos planteando cabe preguntarse ¿es que los autores del

Decreto-Ley esperaban ciertamente que los funcionarios expresaran la existencia de trámites manejados por ellos, que propician conductas deshonestas?

En paralelo cabe plantearse, aun en el caso de existir una mayor precisión de criterios, si cualquier órgano de la Administración está en capacidad de formular adecuadamente tales planteamientos.

No hace falta detenerse mucho tiempo en la consideración de lo contemplado en el artículo 7º del Decreto-Ley, en cuanto al carácter o naturaleza jurídica de tales planes de simplificación de trámites y el efecto de su publicación en la Gaceta Oficial, tomando en cuenta el rango de materia de reserva legal que tienen los procedimientos, por ser además una garantía constitucional.

Frente a todo esto, retomamos los postulados y principios contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y volvemos a preguntarnos sobre la necesidad y sentido del Decreto-Ley, cuando el Presidente de la República ha podido dictar un Instructivo, o mejor aún un Reglamento fijando como norma de aplicación directa e inmediata, aquellas pautas que estén en sintonía con la Ley. En todo caso, la situación actual está dada por el anuncio de unas tendencias, propuestas por el máximo jerarca, cuya aplicabilidad práctica está, sin embargo, en manos de los órganos subordinados.

El asunto de la plausibilidad presenta un flanco aun más crítico, cuando observamos que, conforme al artículo 61 del Decreto-Ley, las máximas autoridades de los órganos y entes sujetos a su aplicación deberían presentar al Ministerio de Planificación y Desarrollo los planes de simplificación de trámites que les corresponda, dentro de los noventa (90) días siguientes a su entrada en vigencia. Ello significa que este palazo venció aproximadamente para el 7 de marzo del año 2000.

Por si fuera poco, el artículo 56 del Decreto-Ley dispuso una sanción de multa para los casos de incumplimiento de sus disposiciones por parte de los funcionarios públicos responsables, cuyo monto se determinaría entre el veinticinco (25) y cincuenta (50) por ciento de la remuneración total correspondiente al mes en que se cometió la infracción, y según la gravedad de la misma (*sic*). Además, se señala (artículo 59), que la imposición de dos multas en el lapso de un año, será causal de destitución.

De más está indicar que a un año y medio después de la vigencia del Decreto-Ley, no se conoce un solo caso de planes de simplificación de trámites administrativos que se hubiere oficializado, ni siquiera que tenga algún curso de acción en el interior de la Administración Pública Nacional (Central o Descentralizada funcionalmente).

Claro está, que tampoco se tienen noticias de procedimientos abiertos para la imposición de las sanciones contempladas en el instrumento tantas veces mencionado.

En síntesis, el caso del Decreto-Ley sobre simplificación de trámites administrativos viene a ser un nuevo ejemplo de ineficacia en la gerencia pública, no tanto por su incumplimiento, que resultaba obvio, sino por lo inadecuado del instrumento mismo y su operatividad. Pero adicionalmente constituye una expresión más de la «quimera de la solución normativa», a la cual nos hemos referido en otras oportunidades, al señalar cómo se genera la ingenua percepción de que por el solo hecho de dictar una regulación formal se produce la solución al problema.

En este caso, desafortunadamente para el país, se concluye en un nuevo episodio mediante el cual se evidencia la poca capacidad de mando que puede tener el Presidente de la República, incluso, en el ámbito específico de sus subordinados, como efecto de una inadecuada estrategia de gerencia pública, que lejos de producir plataformas de mejoramiento para la Administración Pública y su funcionamiento, la debilita en su interior y frente a los administrados, provocando así más frustración.

El contencioso de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública¹

MARÍA EUGENIA SOTO HERNÁNDEZ²

INTRODUCCIÓN

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA o jurisdicción administrativa es desarrollada a través de un proceso contencioso administrativo, al cual, en la mayoría de los casos, le precede un procedimiento administrativo. Esta jurisdicción administrativa comprende todos los tribunales distintos de la jurisdicción ordinaria civil y penal que diriman controversias entre la Administración Pública y los particulares (PÉREZ LUCIANI, 1993).

Es menester realizar la siguiente acotación con el objeto de delimitar conceptos. Si bien es cierto el término utilizado en la doctrina, en algunos casos corresponde a «jurisdicción administrativa»; normalmente en el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia acogen la terminología jurisdicción contencioso administrativa. Si se acepta el concepto emitido por COUTURE (1981:44) «la palabra *contenciosa* deriva, en nuestro

¹ Las abreviaturas utilizadas son las siguientes: art.: artículo; arts.: artículos; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; CSJ/SPA: Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa; <http://www.tsj.gov.ve>: Página web del Tribunal Supremo de Justicia; LOAC: Ley Orgánica de Administración Central; LOAFSP: Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público; LOCSJ: Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; N°: número; num.: numeral; nums.: numerales; ord: ordinal; ords. ordinales; TSJ/SC: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional; TSJ/SPA: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa; RDP: Revista de Derecho Público.

² La Universidad del Zulia, Abogada y Doctora en Derecho, Premio al Rendimiento Académico (1998). Profesora e Investigadora adscrita a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público (desde 1995). Universidad Católica Andrés Bello Magíster en Derecho Administrativo, *Summa cum laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Comisión Nacional del Sistema para el Reconocimiento de Méritos a los Profesores de las Universidades Nacionales: Profesor Meritorio Nivel III (2001).

derecho..., según el cual el juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces. Contienda es controversia, disputa, discusión», se observa que en lo concerniente a la jurisdicción concedora de las controversias entre la Administración Pública y los particulares, es una jurisdicción contenciosa administrativa. Pero, en los casos de controversias civiles, mercantiles, laborales, penales, también existen contiendas y, no obstante, la terminología contenciosa sólo es privativa en el derecho venezolano a la jurisdicción administrativa.

En nuestro parecer y a manera de conjetura, la intención obedece, en la generalidad de los casos, a fin de distinguir la vía administrativa y la vía jurisdiccional, cuestión que no opera en las demás jurisdicciones, debido a la circunstancia de que en las otras jurisdicciones también existen contiendas y el término contencioso no es utilizado.

De lo expuesto se considera conveniente la utilización indistinta de la terminología jurisdicción administrativa y/o jurisdicción contencioso administrativa, la cual en Venezuela es tratada en sede jurisdiccional por funcionarios judiciales (Jueces) de carácter especial y se resuelve a través de sentencias, independientemente de las formas, conceptos y terminologías utilizadas en el derecho comparado (CANOVA GONZÁLEZ, 1998:147). En todo caso se hace referencia a la competencia contencioso administrativa, tratada en jurisdicción especial.

I. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.1. Concepto

Es la vía procesal, general o especial, incoada por los particulares a través de demandas o recursos en contra de los entes de la Administración Pública nacional, estatal y municipal; con motivo de la ejecución de actos, generales y particulares, y hechos e inactividades, lícitas e ilícitas, que hayan generado daños antijurídicos, la cual se inicia y desarrolla predominantemente en sede de jurisdicción contenciosa administrativa.

Los elementos del concepto se desglosan de la siguiente forma:

- «Es la vía procesal, general o especial, incoada por los particulares». El proceso contencioso administrativo obviamente es judicial, debido a que la palabra proceso equivale a juicio, en el cual se dan una serie o secuencia de actos, los cuales van a desembocar en la emisión de un fallo que adquiere fuerza de cosa juzgada. Se establece una relación jurídico procesal entre las partes, donde la Administración Pública es

parte y en el caso de la responsabilidad extracontractual, parte demandada. En lo relativo a la vía procesal de carácter general o especial se relaciona con la jurisdicción ordinaria contencioso administrativa y la jurisdicción especial contencioso administrativa. La primera conformada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo. La segunda compuesta por el Tribunal de la Carrera Administrativa, los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo con competencia en inquilinato, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario y el Tribunal Superior Agrario (Brewer-Carías, 1997; Ortiz Álvarez, 1995).

- «...a través de demandas o recursos en contra de los entes de la Administración Pública nacional, estatal y municipal». El ordenamiento jurídico venezolano permite incoar procesos en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, a través de demandas contra los entes públicos y recursos, ya sea por motivo de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales y particulares o por abstención de la administración. Es importante examinar el ámbito subjetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública a los efectos de determinar los entes político territoriales, las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la distribución vertical del poder público: nacional, estatal y municipal, cuyo patrimonio es responsable administrativamente y por ende atacable en vía judicial.
- «...con motivo de la ejecución de actos, generales y particulares, y hechos e inactividades lícitas e ilícitas que hayan generado daños antijurídicos». Este proceso contencioso administrativo permite controlar no sólo la legalidad y legitimidad de los actos administrativos, de efectos generales y particulares, sino también de los hechos e inactividades.
- «...la cual se inicia y desarrolla predominantemente en sede de jurisdicción contenciosa administrativa». La vía procesal debe iniciarse de forma predominante ante la jurisdicción contencioso administrativa, general o especial, y por vía de excepción, sólo cuando se trate de acciones en contra de los Estados y Municipios derivadas en actuaciones materiales, se acudiría a la jurisdicción ordinaria.

El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública conlleva a la satisfacción de las siguientes pretensiones, las cuales pueden o no concurrir en un mismo juicio: Pretensiones de condena al pago de sumas de dinero o a la reparación

de daños y perjuicios por la responsabilidad de la Administración o acciones predeterminativas de la responsabilidad de la Administración, pretensión de reestablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa y pretensión de reclamos por los daños generados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

1.2. Base constitucional y legal

En cuanto a los hechos y los actos:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. (CRBV, 1999: art. 259).

Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República

15. Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

16. Conocer de cualquier otra acción que se intente contra la República o alguno de los entes a que se refiere el ordinal anterior, si su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad. (LOCSJ, 1976: art. 42, num. 15 y 16).

Puede señalarse que el instrumento legal importante lo constituye la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual remite al proceso judicial estipulado en el Código de Procedimiento Civil, lo cual es sustentado en el siguiente fallo:

Al respecto la Corte estima que, conforme al principio de especialidad, consagrado incluso en el artículo 14 del Código Civil, las lagunas y deficiencias que se observen en la tramitación procesal de los recursos contencioso administrativos establecidos en las diversas leyes, deben colmarse con las previsiones de la Ley que especialmente regula, en nuestro derecho positivo, la jurisdicción contencioso administrativa. Ella es, precisamente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual, por lo demás, en razón de la elevada jerarquía del órgano jurisdiccional que regula, ha de tener primacía sobre las demás Leyes. De modo que, sólo en lo no previsto por dicha Ley, debe ocurrirse a las normas del Código de Procedimiento Civil «en cuanto sean aplicables», y, con más propie-

dad, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los mencionados recursos (CSJ/SPA: 7/7/1981, consultada en RDP N° 8:123).

La jurisdicción contencioso administrativa debe acoger los principios de la universalidad del control, mediante el cual ningún acto debe escapar de ser revisado judicialmente. En este caso entrarían en juego todos los actos y los hechos provenientes de los órganos y entes de la Administración Pública venezolana.

2. ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Este punto se aboca a la determinación del tribunal competente para conocer de las demandas contra los entes de la Administración Pública que causen daños antijurídicos imputables a ésta. ¿Cuál es el Tribunal competente según la cuantía de la demanda y según el ente demandado? En primer lugar se observa un somero análisis de la jurisdicción contenciosa administrativa venezolana a la luz del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia venezolana y, en segundo lugar, se distribuyen las competencias según las previsiones legales pertinentes.

La competencia por la materia ya está esclarecida, es materia contencioso administrativa, relativa a la responsabilidad extracontractual de los hechos y actos administrativos, realizados por los entes y los órganos de la Administración Pública. Los actos y hechos administrativos deberán ser desplegados en ejercicio de la actividad de servicio público, en virtud de que el término servicio público, es entendido en un sentido amplio, como toda actividad administrativa (En contra: BELADIEZ ROJO, 1997:36).

En lo concerniente a la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, el servicio público normalmente no puede ser entendido de forma estricta como una particular modalidad de la acción administrativa, sino que se le asigna un sentido amplísimo al incluir en su definición a toda la actividad, inclusive inactividad por omisión de obligaciones de actuar de cualquier Administración Pública (COSCULLUELA MONTANER, 1997:547).

2.1. Jurisdicción contencioso administrativa venezolana

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 precisó la organización de la jurisdicción administrativa de forma transitoria, mientras se dicta la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, instrumento de urgente necesidad de promulgación en los venideros tiempos.

Sin embargo, y *grosso modo*, se observa una reseña de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra encabezada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, cuya competencia, en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, de forma genérica, se encuentra estipulada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el art. 259. De igual forma y por aplicación analógica se encuentran vigentes las siguientes implicaciones legales:

Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República

15. Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

16. Conocer de cualquier otra acción que se intente contra la República o alguno de los entes a que se refiere el ordinal anterior, si su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad. (LOCSJ, 1976: art. 42, num. 15 y 16).

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa se constituye como el más alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria de lo contencioso administrativa y la jurisdicción especial contencioso administrativa.

En la primera categoría de jurisdicción la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se constituye como órgano judicial competente para conocer acciones en materia de responsabilidad extracontractual, así lo determina la siguiente disposición legislativa:

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, será competente para conocer:

5°. De los juicios de expropiación intentados por la República.

6°. De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido por la Ley a otra autoridad. (LOCSJ, 1976: art. 185, ords. 5 y 6).

Seguidamente los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo constituyen órganos de la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria. La Resolución del Consejo de la Judicatura N° 235 del 24/04/1995, con vigencia a partir del 1/06/1995, citada por BREWER-CARÍAS, (1997), organizó los Tribunales Superiores con competencia en lo con-

tencioso-administrativo, al dividir el territorio nacional en once circunscripciones judiciales contencioso administrativas:

1. Región Capital, que comprende el Distrito Federal y el Estado Miranda, donde funcionan los Juzgados Superiores Primero, Segundo, Tercero y Cuarto en lo Civil y Contencioso-Administrativo con sede en Caracas.
2. Región Central, que comprende los Estados Aragua y Guárico, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo con sede en Maracay.
3. Región Centro-Norte, que comprende los Estados Carabobo, Cojedes y Yaracuy y los Municipios Silva, Palma Sola y Monseñor Iturriza del Estado Falcón, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en Valencia.
4. Región Centro-Occidental, que comprende los Estados Lara, Portuguesa y Trujillo, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en Barquisimeto.
5. Región Occidental, que comprende los Estados Zulia y Falcón, con excepción de los Municipios Silva, Palma Sola y Monseñor Iturriza de este último, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en Maracaibo.
6. Región Los Andes, que comprende los Estados Mérida, Táchira y Barinas, con excepción del Municipio Arismendi de este último, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en Barinas.
7. Región Sur, integrada por el Estado Apure y por el Municipio Arismendi del Estado Barinas, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en San Fernando de Apure.
8. Región Nor-Oriental, integrada por los Estados Nueva Esparta, Sucre y Anzoátegui, con excepción del Municipio Independencia de este último, donde funciona un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo, con sede en Barcelona.
9. Región Sur-Oriental, integrada por los Estados Monagas y Delta Amacuro, donde funciona un Juzgado en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas y de lo Contencioso-Administrativo de la Región, con sede en Maturín.

10. Región Bolívar, integrada por el Estado Bolívar y el Municipio Independencia del Estado Anzoátegui, donde funciona un Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, al cual se le atribuyó competencia en lo Contencioso-Administrativo de la Región, con sede en Puerto Ordaz.
11. Región Amazonas, integrada por el Estado Amazonas, donde funciona el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Menores y Contencioso-Administrativo en la Región, con sede en Puerto Ayacucho.

En 1996, mediante Resolución N° 721, se suprime la competencia tributaria a los Juzgados Superiores en lo Civil, Contencioso-Administrativo, Tributario y Agrario de la Región Occidental con sede en la ciudad de Maracaibo, y al Juzgado Superior en lo Civil, Contencioso-Administrativo y Tributario de la Región Centro Occidental con sede en la ciudad de Barquisimeto.

Estos once Juzgados tienen las siguientes competencias para conocer de los asuntos, acciones y recursos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado:

Los Tribunales previstos en el artículo anterior, conocerán también, en sus respectivas circunscripciones:

1°. De la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales a cumplir determinados actos que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas;

2°. De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

3°. De las apelaciones contra las decisiones que dicten otros Tribunales de su jurisdicción en los juicios intentados ante ellos contra un Estado o Municipio. (LOCSJ, 1976: art. 182, ords. 1, 2 y 3).

La jurisdicción ordinaria del derecho común tiene competencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado cuando se trate de demandas contra los Estados y los Municipios.

Los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales:

1°. De cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios. (LOCSJ, 1976: art. 183, ord. 1).

Ahora bien, la jurisdicción especial contencioso administrativa también puede conocer de demandas por responsabilidad extracontractual y entre estos tribunales se tienen: El Tribunal de la Carrera Administrativa, Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo con competencia en inquilinato, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario y el Tribunal Superior Agrario.

2.2. Distribución de las competencias según la cuantía y según el ente demandado

Las competencias se determinan según la cuantía y según el ente demandado. La jurisprudencia venezolana, de un análisis del sistema de atribución de competencias previsto en los arts. 42, num. 15, 182, ord. 2º, 183, ord. 1º, y 185, ord. 6º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de toda demanda tendente al establecimiento de una deuda a cargo de la Administración Pública, es decir, que tenga por cometido la condena pecuniaria de la República, algún Estado, Municipio, Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, siempre y cuando el fuero jurisdiccional no esté atribuido a otra autoridad y la distribución de tal competencia entre los diferentes tribunales que componen dicha jurisdicción, se establece en función de la cuantía litigiosa y de la persona pública demandada (CSJ/SPA: 10/06/1999, consultada en Pierre Tapia, 1999b:125 y CSJ/SPA: 6/07/1999, consultada en PIERRE TAPIA, 1999c:105).

Ahora bien, a la hora de entrar en un análisis paso a paso del proceso contencioso administrativo que deberá seguir un particular cuando se vea lesionado por hechos y actos antijurídicos de la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa, es menester analizar como punto previo lo referente a la determinación de los tribunales competentes para incoar el proceso, según la cuantía de la demanda y según el ente demandado. Para ello es imprescindible indicar ligeramente los entes de la Administración Pública venezolana que pueden causar daños antijurídicos y cuyo tratamiento es desarrollado en sede de jurisdicción ordinaria o especial contencioso administrativa y en casos excepcionales iniciada en sede de jurisdicción ordinaria.

El ámbito subjetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública se encuentra delimitado de la siguiente manera: Los órganos y entes de la Administración Pública central, en sus ramas nacional, estatal y municipal y los entes de la Administración Pública descentralizada son demandables judicialmente por motivo de responsabilidad extracontractual de sus actos y hechos.

El procedimiento y proceso que se sigue para lograr el resarcimiento de los daños provenientes de los actos administrativos de los cuerpos legislativos, tanto nacional, como estatales y municipales, y de los órganos del poder judicial, poder ciudadano y electoral, representados en los órganos de la Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Consejo Nacional Electoral no son tratados en este capítulo. Sin embargo es de hacer notar que estos actos podrán ser llevados a juicio ante los tribunales contencioso administrativos para resolver las controversias de intereses que se generen con ocasión de los mismos.

Asimismo, cabe señalar previamente que con relación a las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, existe de forma legal y jurisprudencial una opinión constante cuando se van a demandar la República, los institutos autónomos o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, la cual versa sobre las condiciones de admisibilidad a saber: 1) Que se demande a la República, a algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva; 2) Que la acción incoada tenga una cuantía superior a cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00); y 3) Que el conocimiento de la causa no esté atribuido a ninguna otra autoridad, entendiéndose con ello, que la norma del art. 42, num. 15 constituye una derogatoria de la jurisdicción civil y mercantil, que es la jurisdicción ordinaria, pero no de las otras jurisdicciones especiales, tales como la Laboral, del Tránsito o Agraria (CSJ/SPA: 27/05/1999, consultada en PIERRE TAPIA, 1999a:143).

Así las cosas los libelos de demandas pueden ser intentados de la siguiente forma:

2.2.1. Demandas contra los entes político territoriales

Los entes político territoriales están conformados por la República, los Estados y los Municipios. La República es el ente político territorial que puede actuar tanto como demandante como demandado. Es la República la que detenta la personalidad jurídica propia. Los daños y perjuicios pueden provenir de cualquiera de sus órganos administrativos, verbigracia, Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Consejo de Ministros, Gabinetes sectoriales, Ministros, Vice-Ministros, Ministerios, Oficinas Nacionales, Consejos Nacionales, Comisionados presidenciales, Servicios autónomos sin personalidad jurídica, Autoridades únicas de áreas o programas, Comisiones presidenciales o interministeriales, Procuraduría General de la República, Consejo de Estado.

La Administración Pública central, no sólo es vista en el ámbito nacional, sino que también podrá ser entendida a nivel estatal y municipal, representado por sus jefes de gobierno, Gobernador y Alcalde, respectivamente,

y demás funcionarios. En estos casos la personalidad jurídica la ostenta el Estado y el Municipio:

Los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes de la República. (CRBV, 1999: art. 159).

Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley. (CRBV, 1999: art. 168).

La República es responsable de los daños o perjuicios causados a los administrados por los actos u omisiones de la Administración Central, a los que indemnizará bien en sede administrativa o una vez que tal responsabilidad sea declarada por los órganos judiciales competentes. Igualmente, pueden ser responsables civil, penal y administrativamente los funcionarios de la Administración Central que ordenen o dicten dichos actos de obligatorio cumplimiento, en cuyo caso la República puede repetir contra ellos las indemnizaciones canceladas a los administrados. (LOAC, 1999: art. 11).

De modo que tanto la República como el Estado y el Municipio son entes político territoriales responsables. Se observa un ejemplo en la jurisprudencia, caso *Hazel Antonio Uzcátegui y otros*, en el cual no se determinó responsabilidad en la República por daños extracontractuales cuando se demanda por ellos a las gobernaciones, alcaldías e institutos autónomos, porque las actuaciones imputadas a estos órganos — Gobernación del Estado Mérida, la Alcaldía del Municipio Libertador del mismo Estado y el Instituto Nacional de Parques (Inparques)—, no comparten su personalidad jurídica (CSJ/SPA: 21/12/1999, consultado en PIERRE TAPIA, 1999d:332). En todo caso los entes responsables serían el Estado Mérida, el Municipio Libertador del mismo Estado y el Instituto Nacional de Parques.

De lo que antecede se afirma que los entes político territoriales demandados lo conforman en primer lugar, la República. Los tribunales competentes para conocer de las controversias en materia de actos y hechos causantes de responsabilidad extracontractual, según la cuantía, son los siguientes:

- Demandas cuyo monto de los daños, materiales o morales son superiores a cinco millones: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, única instancia.
- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales son superiores a un millón de bolívares, pero no excede de cinco millones de bolívares: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, primera

instancia y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, segunda instancia.

- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales no excede de un millón de bolívares: Tribunales Superiores Contencioso Administrativo, primera instancia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, segunda instancia.

En segundo y tercer lugar, los Estados y los Municipios constituyen el segundo ente político territorial demandado, y los tribunales ordinarios de la respectiva circunscripción serán los competentes para conocer en primera instancia de las acciones contra sus hechos. En segunda instancia los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo conocerán de estas causas.

No obstante y en lo referente a las acciones o recursos para conocer de la nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales, la jurisprudencia venezolana, en el *caso Incagro, C.A.*, ha establecido que de la interpretación del art. 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el juez regional contencioso administrativo debe examinar los motivos de impugnación y si de este análisis se desprende que los fundamentos del recurso están referidos exclusivamente a violaciones de orden constitucional, deberá declinar su competencia a favor de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Por el contrario, si del mismo análisis se resume que además de la infracción constitucional se denuncian violaciones legales será el Tribunal Superior contencioso administrativo de la Región quien deberá asumir el conocimiento del asunto. De modo que al estar en presencia de un recurso de nulidad en contra de actos administrativos de efectos particulares, emanados de una autoridad estatal basado en razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, considera la Sala, que la competencia para conocer del mismo corresponde al Tribunal Superior Regional de la Circunscripción Judicial correspondiente y no la Sala Político Administrativa (CSJ/SPA: 27/05/1999, consultado en PIERRE TAPIA, 1999a:117).

Así las cosas, se observa que es de urgente necesidad la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que aumenten los montos de las cuantías, si es posible sin asignarle una asignación numérica determinada, sino que se establezca bajo otros criterios, por ejemplo en base a unidades tributarias, porcentaje de salarios mínimos, etc. El hecho de colocar montos específicos de sumas de dinero en países donde la inflación va en aumento cada día, propicia a que en corto plazo, las leyes queden expresadas con cantidades irrisorias. Asimismo, la circunstancia de que la jurisdicción ordinaria conozca de la responsabili-

dad extracontractual de los Estados y Municipios atenta contra el criterio iuspublicista del sistema de responsabilidad administrativa. En síntesis, debería ser la responsabilidad extracontractual del Estado materia fuero privilegiado de la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse de una institución de derecho público, regida principalmente por normas de derecho público.

2.2.2. Demandas contra los entes descentralizados funcionalmente

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público plantea las definiciones de entes descentralizados funcionalmente, sin fines empresariales y los entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales.

En el primero de los casos se refiere a los institutos autónomos, las personas jurídicas estatales de derecho público, las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos que reúnan los requisitos de ley y no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República.

En el segundo de los casos hace referencia a aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad (LOAFSP, 2000: art. 7, num. 1 y 2 en concordancia con el art. 6 num. 6, 7 y 10).

En primer lugar, es necesario puntualizar lo atinente a los institutos autónomos, denominados también por la doctrina establecimientos públicos institucionales, los cuales presentan rango constitucional. «Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca» (CRBV, 1999: art. 142).

BREWER-CARÍAS (1997:482) es del criterio que aun cuando la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no lo señale expresamente, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sólo se refiere a las acciones contra los institutos autónomos nacionales, es decir, los creados por leyes de la Asamblea Nacional y no se refiere a las acciones contra los institutos autónomos estatales, creados por leyes estatales o contra los institutos autónomos municipales, creados por ordenanzas.

En lo atinente a los institutos autónomos nacionales, los tribunales competentes, según la cuantía, para conocer de las controversias de responsabilidad extracontractual, en materia de hechos, son los siguientes:

- Demandas cuyo monto de los daños, materiales o morales son superiores a cinco millones: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, única instancia.
- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales son superiores a un millón de bolívares, pero no excede de cinco millones de bolívares: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, primera instancia y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, segunda instancia.
- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales no excede de un millón de bolívares: Tribunales Superiores Contencioso Administrativo, primera instancia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, segunda instancia.

Con relación a las acciones de nulidad y condena de los actos administrativos de los institutos autónomos se observa lo siguiente:

Acto administrativo de efecto general, el reglamento: Si se trata de un recurso por razones de inconstitucionalidad, su conocimiento corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa (LOCSJ, 1976:art. 42, num. 11). Si se trata de un recurso por razones de ilegalidad, el conocimiento del mismo corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (LOCSJ, 1976:art. 185, ord. 3).

Es conveniente destacar la posición del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a los juicios llevados en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En reciente decisión en el caso *C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes (CADELA)* ha dejado sin aplicación el último aparte, primer párrafo, del art. 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

En consecuencia, visto que el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente: «Contra las decisiones que dicte dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1 al 4 de este artículo no se oirá recurso alguno»; visto que la citada disposición es incompatible con las contenidas en el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales están previstas de jerarquía constitucional y son de aplicación preferente; visto que el segundo

aparte del artículo 334 de la Constitución de la República establece lo siguiente: «En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente»; esta Sala acuerda dejar sin aplicación la disposición transcrita, contenida en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica en referencia, debiendo aplicarse en su lugar, en el caso de la sentencia que se pronuncie, de ser el caso, sobre el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la parte actora ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (expediente N° 99-22167), la disposición prevista en el último aparte, segundo párrafo, del artículo 185 *eiusdem*, y la cual es del tenor siguiente: «Contra las sentencias definitivas que dicte el mismo Tribunal ... podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, ante la Corte Suprema de Justicia (rectius: Tribunal Supremo de Justicia)». Así se decide. (TSJ/SC:14/03/2000, consultado en <http://www.tsj.gov.ve> : 13/09/2000).

De forma que, bajo los términos de este fallo, contra la sentencia que emita la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo de conformidad con los ords. 1° al 4° se tiene todavía apelación dentro del lapso de cinco días, ante el Tribunal Supremo de Justicia. Este criterio fue retomado más adelante, al estipular que en los casos del art. 185, sólo el ord. 3° tendrá apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia. Así se consagró:

Igualmente se le INFORMA a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que la interpretación hermenéutica efectuada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal mediante decisión vinculante de fecha 14 de marzo del año 2000, desarrollada mediante la interpretación concurrente realizada por esta Sala Político Administrativa a través del presente fallo, únicamente está referida a la recurribilidad o conocimiento en segunda instancia de las decisiones principales o incidentales dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en las acciones o recursos de nulidad (autónomos o conjuntos) que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad, esto es, las acciones o demandas a que hace referencia el artículo 185, ordinal 3° *eiusdem*. (TSJ/SPA:13/04/2000, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>, Fecha de acceso: 14/09/2000).

De forma que el único ordinal, de los que anteriormente no tenían apelación al Tribunal Supremo de Justicia y que luego con la decisión de fecha 14/03/2000 sí tienen, es el ord. 3° referido a las acciones o recursos que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ords. 9°, 10°, 11° (*sic*) y 12 del art. 42, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal, porque en este caso la Corte Primera en lo Con-

tencioso Administrativo conoce en única instancia y, por lo tanto, si se le cercena la apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia se estaría violando el principio de la doble instancia. De los otros casos (ords. 1º, 2º, 4º) conoce en segunda instancia y por lo tanto sus decisiones serán irrecurribles.

Acto administrativo de efectos particulares: El tribunal competente es el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (LOCSJ, 1976:art. 42, num. 10).

En otro orden de ideas, el instituto autónomo estatal según Caballero Ortiz (1995:343) y a la luz de los principios constitucionales de 1999 es un organismo creado por ley del Consejo Legislativo y sometido a la tutela del Gobernador del Estado. En lo referente al control jurisdiccional el recurso contencioso administrativo de anulación contra sus actos ilegales y al recurso contra las conductas omisivas son competentes los tribunales contencioso administrativos regionales en primera instancia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en segunda.

Por el contrario, en lo que respecta a las demandas por cobro de bolívares por responsabilidad extracontractual, la competencia corresponde a los tribunales ordinarios, de acuerdo a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Con relación a los institutos autónomos municipales se aplican las mismas consideraciones tratadas en los institutos autónomos estatales.

En segundo lugar y con respecto a las empresas del Estado se observa que a raíz de la nueva Carta Magna se les asigna rango constitucional, «La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan» (CRBV, 1999: art. 300).

La jurisprudencia venezolana, en particular la Sala Político Administrativa y la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, no siempre ha existido en ellas un consenso acerca de lo que se entiende por «empresa en la cual el Estado tiene participación decisiva». El texto de la ley se prestaba a diversas interpretaciones, lo cual generaba una proliferación de interrogantes. Finalmente, unificaron criterios y establecieron que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de las acciones tendentes a la condena pecuniaria de aquellas sociedades cuyo capital social pertenece en su mayoría a una o varias personas públicas territoriales, institutos autónomos o empresas del Estado (criterio de la participación accionaria), o cuya conducción y administración está reser-

vada decisivamente a cualquiera de estas personas (criterio de la intervención directiva). Y en el caso de que la participación decisiva del Estado sea de segundo o ulterior grado, es decir, ejercida a través de una o varias empresas filiales, se exige además que dicha participación presente un carácter permanente y no circunstancial. Se determina la máxima de la sentencia en los siguientes términos:

Con relación a este punto, las soluciones jurisprudenciales manifiestan el sentido de la exigencia de la permanencia y estabilidad en la participación decisiva del Estado en sus empresas filiales: la participación estatal debe estar garantizada por un texto normativo, o resultar de la necesidad, en vista de la peculiaridad de la industria ejercida, de adoptar una determinada organización empresarial (sentencias de esta Sala del 12 de diciembre de 1985, en el caso Banco Industrial de Venezuela; y del 24 de enero de 1990 en el caso INTEVEP S.A.) (CSJ/SPA: 6/07/1999, consultada en Pierre Tapia, 1999c:109).

Asimismo, los tribunales competentes según la cuantía para conocer de las controversias de responsabilidad extracontractual, en materia de hechos derivados de las empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva, son los siguientes:

- Demandas cuyo monto de los daños, materiales o morales son superiores a cinco millones: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, única instancia.
- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales son superiores a un millón de bolívares, pero no excede de cinco millones de bolívares: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, primera instancia y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, segunda instancia.
- Demandas cuyo monto de los daños materiales o morales no excede de un millón de bolívares: Tribunales Superiores Contencioso Administrativo, primera instancia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, segunda instancia.

En tercer lugar y en lo referente a las Universidades Nacionales, se ha planteado doctrinaria y jurisprudencialmente si se está en presencia de un ente público que pueda asimilarse a los efectos procesales de la determinación del fuero jurisdiccional contencioso administrativo al género de los Institutos Autónomos (ARAÚJO JUÁREZ, 1996:290). La respuesta a este prolegómeno lo plantea el jurisprudente cuando afirma que:

En el caso de autos se observa que la parte demandada es una Universidad Nacional Experimental, la cual se asemeja a un instituto autónomo, en virtud de que ambas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, además, de conformi-

dad con el artículo 2º de la Ley de Universidades, se trata de una institución al servicio de la Nación formando parte de la Administración Pública Nacional y, por tanto, cualquier acción o recurso que se ejerza en su contra corresponde su conocimiento, al igual que los institutos autónomos, a la jurisdicción contencioso administrativa. En este mismo orden de ideas, nuestra jurisprudencia ha establecido lo siguiente: «Sin embargo, a pesar de la imposibilidad de su asimilación existencial, las Universidades participan de la naturaleza de los Institutos Autónomos en cuanto a sus componentes estructurales, tales como personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, y por tratarse de instituciones al servicio de la Nación, y por tanto, por participar de las notas principales de aquellos Institutos, y por los intereses fundamentales nacionales que representan, se justifica, que a los fines de su protección jurisdiccional, se les extienda el fuero contencioso administrativo de que disfrutaban los Institutos tradicionales, en el sentido de que sólo pueden las Universidades ser demandadas ante los Tribunales Contenciosos Administrativos, y así se declara» (TSJ/SPA: 24/02/2000, consultada en PIERRE TAPIA, 2000:121).

Por lo tanto, los criterios esbozados en lo concerniente a los institutos autónomos son aplicados por analogía a las universidades. Y así sólo pueden las Universidades Nacionales ser demandadas ante la jurisdicción administrativa.

En el caso *Jaime Requena*, la jurisprudencia representada en el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que, en lo que se refiere a las universidades privadas, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa ha estimado, en los casos *María Josefina de Bustamante vs. Universidad Católica Andrés Bello*, que la razón por la cual las mismas están sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa es la posible actuación de tales establecimientos conforme a delegaciones que la Ley hace y que la habilita para dictar providencias administrativas (CSJ/SPA: 14/05/1998, consultada en PIERRE TAPIA, 1998:83).

CONCLUSIONES

La jurisdicción contencioso administrativa es concedora de la mayoría de las acciones de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, lo cual debería entenderse de acuerdo a los principios constitucionales de 1961 y 1999 como todas las causas, sin excepción. Por lo tanto, el hecho de tratarse de acciones en contra de los Estados y Municipios, donde la jurisdicción ordinaria conoce de estos asuntos y solamente en segunda instancia entren en juego los órganos contencioso administrativos, debería reformarse, estipulando el fuero privilegiado y absoluto de todas las causas de responsabilidad administrativa extracontractual en manos del Juez Contencioso Administrativo.

Otra razón de peso que ayuda a afirmar que todos los juicios de responsabilidad administrativa deben ventilarse en sede de jurisdicción contenciosa, es que los principios constitucionales de la contrariedad a derecho y el reclamo de servicios públicos conlleva a la solicitud casi obligada de la reparación de los daños y perjuicios, sean de efectos generales o de efectos particulares, y éstas son competencias genéricas de rango constitucional estipuladas en la Carta Magna para los jueces contencioso administrativo.

Por otra parte, y ya en lo referente al proceso contencioso administrativo, la circunstancia del establecimiento inalterable de las cuantías desde 1976, es decir, la cantidad de más de cinco millones de bolívares como límite mínimo para conocer la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de las acciones contra la República, los institutos autónomos y las empresas donde el Estado tiene participación decisiva, conlleva a la afirmación de que la mayoría de las causas de responsabilidad extracontractual de la República y demás entes públicos por sus hechos son conocidos y decididos por este Tribunal. Hoy día cualquier demanda sobrepasa dicha cantidad, por lo que es urgentemente necesario la promulgación de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela y de esta manera descargar la competencia excesiva en la Sala Político Administrativa.

De igual forma, este instrumento normativo próximo a dictarse denominado Ley de la jurisdicción contencioso administrativa deberá disponer un título de la responsabilidad, en la cual se inserte el modo, la procedencia de indemnización de daños y perjuicios de los diferentes órganos del poder público, y el proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, tanto de los actos como de los hechos, con lapsos breves y expeditos, basado en normas especiales y de derecho público, de derecho administrativo, en las que el Código de Procedimiento Civil sólo sirva de fuente supletoria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina. Textos y artículos científicos

ARAUJO JUÁREZ, J. (1996). *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Valencia Caracas: Vadell Hermanos Editores.

BELADIEZ ROJO, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Edit. Tecnos.

BREWER-CARIÁS, A. (1997). *Instituciones Políticas y Constitucionales: La Justicia Contencioso Administrativa*. (T. VII). (3° ed.). Caracas-San Cristóbal: Edit. Jurídica Venezolana.

- CABALLERO ORTIZ, J. (1995). *Los Institutos Autónomos*. (3º ed.). Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- CANOVA GONZÁLEZ, A. (1998). *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Caracas: Edit. Sherwood. (Colección Contencioso Administrativo N° 1)
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1997). *Manual de Derecho Administrativo*. (T. I). (8º ed.). Madrid: Edit. Civitas.
- COUTURE, E. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- ORTIZ ÁLVAREZ, L. (1995). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: Estudio del Derecho Venezolano y Análisis Comparativo con el Derecho Extranjero*. Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Jurídicos N° 64).
- PÉREZ LUCIANI, G. El Sistema contencioso administrativo y el procedimiento administrativo. *Contencioso Administrativo en Venezuela*. (3º ed.). (pp. 35-83). Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Jurídicos N° 10).

Documentos legislativos

- Código de Procedimiento Civil (1986). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 3.694 (Extraordinario). Enero 22 de 1986.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 36.860. Diciembre 30 de 1999. Reimpresión por error material del ente emisor. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. N° 5.453 (Extraordinario). Marzo 24 de 2000.
- Ley Orgánica de Administración Central (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 36.850. Diciembre, 14 de 1999.
- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. N° 37.029. Septiembre, 5 de 2000.
- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 1.893 (Extraordinario). Julio, 30 de 1976.
- Resolución N° 721, por la cual se suprime la competencia tributaria a los Juzgados Superiores en lo Civil, Contencioso-Administrativo, Tributario y Agrario de la Región Occidental con sede en la ciudad de Maracaibo, y al Juzgado Superior en lo Civil, Contencioso-Administrativo y Tributario de la Región Centro Occidental con sede en la ciudad de Barquisimeto (1996). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 35.950. Mayo, 2 de 1996.

Jurisprudencia. Documentos jurisprudenciales en repertorios

- PIERRE TAPIA, O. (Comp.) (1998). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 5, Mayo).
- (1999a). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 5, Mayo).
- (1999b). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 6, Junio).
- (1999c). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 7, Julio).

- (1999d). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 12, Diciembre).
 - (2000). *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas: Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 2, Febrero).
- Revista de Derecho Público*. Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. Año 1981, N° 8.

Documentos jurisprudenciales tomados de páginas web

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2000). Sentencia del 14/03/2000. Caso C.A. Electricidad del Centro (ELECENTRO) y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes (CADELA). En: <http://www.tsj.gov.ve>, Fecha de acceso: 13/09/2000.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa (2000). Sentencia del 13/04/2000. Caso C.A. Electricidad del Centro (ELECENTRO) y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes (CADELA). En: <http://www.tsj.gov.ve>, Fecha de acceso: 14/09/2000.

La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional

JORGE LUIS SUÁREZ M.*

UNO DE LOS AVANCES MÁS IMPORTANTES de la nueva Constitución venezolana de 1999 y que paradójicamente ha sido uno de los menos destacados, es el artículo 153, que prevé la posibilidad de que Venezuela se incorpore a procesos de integración de carácter supranacional, esto es, en los que sea necesaria la atribución del ejercicio de ciertas competencias nacionales a favor de organizaciones internacionales. Es decir, no se trata de que nuestro país pueda participar en los tradicionales convenios de cooperación internacional, lo que ya claramente tenía previsto el artículo 128 de la Constitución de 1961 y ratifica el artículo 154 de la Ley Fundamental de 1999, sino se trata de ir mucho más allá en el sentido de participar en las llamadas organizaciones supranacionales, que pueden actuar con relativa independencia frente a los propios Estados que le dieron origen, llegando hasta el punto de poder imponer sanciones o abrir el camino para ello.

Esto es muy importante porque el principal proceso de integración regional en el que participa Venezuela tiene justamente estas características supranacionales: la Comunidad Andina, la que se ha visto en gran medida imposibilitada de lograr las metas que originalmente tenía previstas porque en las cartas constitucionales de sus Estados miembros no se hicieron las correspondientes adaptaciones o ajustes para que pudieran incorporarse a procesos de esta envergadura, equivalente a las Comunidades Europeas. Hoy, afortunadamente esas carencias constitucionales han sido subsanadas en los países más importantes de la Comunidad Andina, como son Colombia y Venezuela, pero en los demás miembros falta todavía hacer este trabajo que impide en gran medida la aplicación favorable de las normas comunitarias.

* Investigador del Centro Investigaciones Jurídicas-UCAB. Profesor Derecho Administrativo-UCV.

Ciertamente, la Comunidad Andina tiene prevista, tanto en los tratados constitutivos como por la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, la aplicación de los principios rectores del derecho comunitario europeo, que rigen la relación de las normas generadas por las instituciones de esa organización con los ordenamientos jurídicos nacionales. Tanto la aplicabilidad directa de las normas andinas como la primacía de las mismas, así como el principio de la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los derechos nacionales y el de la responsabilidad de los Estados miembros frente a sus ciudadanos por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias, tienen cabida perfectamente en la integración andina, con lo cual se demuestra la supranacionalidad existente en este proceso.

Sin embargo, la aplicabilidad práctica de estos principios ha tenido serios problemas en algunos países miembros de la Comunidad Andina. Ello no por razones jurídicas imputables al sistema comunitario andino propiamente dicho sino porque varias Constituciones de los Estados participantes en el proceso no tienen prevista en forma clara y expresa la posibilidad de que pueda atribuirse el ejercicio de ciertas competencias nacionales a organizaciones internacionales. También ha ocurrido que teniendo algunas Constituciones andinas esa posibilidad, las autoridades nacionales y los propios ciudadanos no han terminado de aceptar la supranacionalidad como figura *sui generis* que puede regir cierto tipo de relaciones internacionales de una manera especial.

Por esta razón, ha sido difícil la fluidez en la aplicación del Derecho Comunitario andino y el reconocimiento interno en cada país de que las normas emanadas de la Comisión, de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena y de la ahora Secretaría General se apliquen directamente en los Estados miembros en forma inmediata, sin la previa transformación o recepción por parte de los Congresos nacionales a la que estábamos acostumbrados según el Derecho Internacional clásico, figura prevista en la Constitución de la mayoría de los países al más puro estilo dualista; o que el Derecho Comunitario se aplique con preferencia al Derecho Nacional en los casos de conflicto entre ambos. Inclusive, algunos poderes ejecutivos y legislativos nacionales no han eliminado ciertos obstáculos que perjudican la seguridad jurídica en la integración del Derecho Comunitario en los derechos internos, ni se ha logrado que los jueces, salvo una minoría, casi todos provenientes de Colombia, soliciten la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia andino en los casos en que es pertinente según los tratados ya que no sienten que este tribunal deba interpretar por ellos el Derecho Comunitario, lo que en algunos casos consideran inconstitucional como ha ocurrido en Venezuela. Ello cuan-

do aplican el Derecho Comunitario, lo que muchas veces no ocurre, por ignorancia o por renuencia de los funcionarios nacionales de todo nivel.

Afortunadamente, no en todos los países ello ha ocurrido así. En algunos, como Colombia, ha habido una positiva disposición al cumplimiento del Derecho Comunitario y se ha creado toda una generación de estudiosos de esta rama del Derecho que han dado lugar a corrientes de opinión para reformar su Constitución, lo que lograron en 1991, y así adaptarla a la supranacionalidad existente en la Comunidad Andina, lo que afortunadamente también ha sucedido recientemente en Venezuela en donde se adaptó la Carta Fundamental a la realidad andina. Sin embargo, pese a esta buena situación constitucional, en la mayoría de los países andinos siguen existiendo problemas serios para la aplicación de las normas comunitarias andinas porque en muchos de ellos hay motivos extrajurídicos para ello, más que por razones que tengan que ver realmente con el sistema jurídico en sí mismo considerado que creó el Acuerdo de Cartagena.

Al contrario de lo que ha pasado en Europa, en América Latina, concretamente en lo que se refiere al antes denominado Pacto Andino, los procesos de integración no han sido precedidos de la respectiva adaptación constitucional en cada uno de los países miembros para que de una manera sólida y fluida se puedan afrontar procesos de este tipo. Un reconocido autor venezolano ha dicho que «la transferencia de competencias de los órganos constitucionales internos a los órganos comunitarios supranacionales, como exigencia de un proceso de integración, no tiene respaldo decisivo en el derecho constitucional interno de los países».¹ No obstante esta opinión tan respetable, no consideramos que la situación constitucional de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sea tan grave, por lo menos no en todos los casos y para ello damos el ejemplo de Colombia nuevamente y a partir de 1999 el de Venezuela.

Pero lo que sí es cierto es que en algunos países es recomendable una previsión constitucional a este respecto, aunque ya exista una vía para hacerlo en la misma Ley Fundamental, como en el caso de Ecuador. En otros definitivamente no hay dudas de que hay que reformar la Constitución para que no se entrase el proceso de integración andino porque no se tiene prevista la posibilidad de que puedan incorporarse estos países a una experiencia supranacional, como son los casos de Bolivia y Perú.

¹ BREWER-CARÍAS, Allan R., «El derecho comunitario europeo: experiencias para el proceso de integración andino», conferencia pronunciada en la *Tercera Conferencia Mundial de la Asociación de Estudios de la Comunidad Europea (ECSA)*, realizada en Bruselas los días 19 y 20 de septiembre de 1996, p. 14 (consultada en original).

I. LA SITUACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

En la Constitución de 1961 no había una disposición que permitiera expresamente a cualquiera de los órganos del Poder Público, en forma clara e indubitable, la posibilidad de atribuir el ejercicio de ciertas competencias nacionales a favor de organizaciones supranacionales. Sin embargo, la vieja Constitución sí tenía una actitud favorecedora de la figura de la integración, utilizando inclusive literalmente este último término, lo que, en nuestro criterio, significaba mucho porque no es lo mismo integración que cooperación, que es lo que tradicionalmente hacían los países a la hora de establecer relaciones internacionales.

En efecto, decía el artículo constitucional aludido lo siguiente:

Artículo 108. La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Para Allan Brewer-Carías, ninguno de los Estados signatarios del Acuerdo de Cartagena de 1969 (Bolivia, Colombia, Chile —ya retirado—, Ecuador y Perú) resolvieron las exigencias de la integración en sus Constituciones antes de incorporarse al proceso andino, pero en el caso concreto de Venezuela, país que se incorporó al Pacto en 1973, su Constitución lo que tenía era una cláusula programática respecto de la integración latinoamericana, que para él resultaba insuficiente para afrontar un proceso de este tipo y que al contrario, era una seria limitación a la posibilidad de este país de incorporarse a un proceso de integración supranacional.²

Sin embargo, a pesar de estas dudas constitucionales, observa Brewer-Carías que el Acuerdo de Cartagena fue aprobado en todos los países, con excepción de Chile, mediante leyes aprobatorias o actos ejecutivos con igual valor que las leyes. En Chile, sin embargo, como destaca este autor venezolano, «el camino fácil de incorporación del Acuerdo al derecho interno por la sola ratificación ejecutiva, dado el supuesto carácter derivativo del Tratado de Montevideo de la ALALC, provocó que en 1974, también por Decreto ejecutivo, Chile se separara definitivamente del Grupo Andino».³

Ciertamente el artículo 108 de la Constitución venezolana constituía lo que se llama en la doctrina una norma programática, pero, en nuestro criterio,

² BREWER-CARÍAS, ob. cit., p. 14.

³ BREWER-CARÍAS, ob. cit., p. 14.

ello en nada obstaculizaba la incorporación de Venezuela al proceso de integración andino porque que aquél sea una norma programática no significa que no sea obligatoria y que no pueda servir de directriz. Por la vía de considerar una norma programática como no obligatoria, se dejarían de cumplir una gran cantidad de deseos del constituyente y muchos derechos y obligaciones de los ciudadanos quedarían en suspenso porque ellos no habrían recibido todavía el desarrollo legislativo que ordena la Constitución.

Este criterio de considerar a una norma programática como igualmente obligatoria ya lo había aplicado la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela en varias decisiones en las que expresó que, pese a estar la materia discutida en el juicio regulada por normas constitucionales programáticas, ello no debía significar su inaplicación en situaciones jurídicas concretas o la no existencia de tales derechos, como fue en el caso de la posibilidad de amparo constitucional, prevista en la Carta Magna venezolana desde 1961, pero que hasta finales de los ochenta no fue regulada en una ley como lo ordenaba la Constitución, lo que para algunos significaba un derecho de los ciudadanos no ejercitable en la práctica. Sin embargo, el antiguo máximo tribunal venezolano, si bien en un primer momento consideró improcedente tales solicitudes de amparo constitucional, luego se dio cuenta del error y decidió darle plenos efectos a la norma programática que lo establecía, con lo cual creó toda una doctrina judicial a través de su jurisprudencia según la cual las normas programáticas no necesariamente son inaplicables en la práctica y de esta manera los ciudadanos no se ven perjudicados en sus derechos y así pudieran ejercerlos. Es bueno destacar que esta doctrina judicial fue tan valiosa y bien elaborada que cuando finalmente se dictó la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, muchos consideraron que aquella doctrina superaba en claridad y calidad a la antedicha ley y de hecho ésta se nutrió en varios aspectos de aquélla.

Un reconocido autor colombiano, Luis Carlos SÁCHICA, parece pronunciarse a favor de la aplicación de las normas programáticas cuando dice que los términos de la Constitución venezolana «no indican inclinación al fortalecimiento del movimiento integrador pero en un criterio finalista incluyen, sin duda, potestades bastantes para poner en acto la integración, puesto que toda disposición constitucional debe ser cumplida y tener efecto, así no tenga una redacción técnicamente preceptiva, mientras ella misma no condicione o aplace su ejecución».⁴

⁴ SÁCHICA, Luis Carlos, «Derecho comunitario andino y derecho constitucional», *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dickinson, Madrid, 1992, p. 888.

En este punto es importante sacar a relucir las alegaciones del profesor José Guillermo Andueza en su escrito de impugnación de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, presentado en la Corte Suprema de Justicia venezolana, en una de las cuales expresaba que la citada norma de la Constitución —el artículo 108— podía considerarse como programática, contenía un mandato que era obligatorio para el Presidente de la República como máximo responsable de las relaciones exteriores del país, y para el Congreso como máximo responsable de la adopción de medidas legislativas que faciliten al Ejecutivo Nacional el cumplimiento del propósito constitucional.

Destaca el profesor Andueza en su escrito de impugnación que los opositores al proceso de integración económica latinoamericana han sostenido, para invalidar el citado mandato constitucional, que el artículo 108 contenía una norma programática y por lo tanto, no era obligatoria. Del carácter no preceptivo de esta norma se quiere deducir, en opinión de Andueza, una consecuencia jurídica que no tiene y se dice que como el artículo 108 era una norma programática, ella no obligaba al Congreso ni al Presidente de la República. En su criterio, ese concepto es totalmente erróneo porque de una norma programática no se pueden derivar derechos u obligaciones, potestades o deberes para los ciudadanos o para las autoridades, mientras no se dicte la legislación complementaria. Pero las normas programáticas contienen directrices de acción de las que no se puede, en el futuro, apartarse el legislador y que, de por sí, ya no podrán violarse por la autoridad administrativa en el ejercicio de un poder discrecional, para lo que cita a BISCARETTI DI RUFFIA.⁵

Afortunadamente, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, la posición dominante en Venezuela parecía ser ya la de aceptar que las normas programáticas eran obligatorias y que constitucionalmente era posible que Venezuela se incorporara a un proceso de integración supranacional de acuerdo con el antiguo artículo 108 de la Constitución. No obstante, era innegable que la disposición constitucional referida hubiera podido ser y era deseable que fuese más clara y contundente para

⁵ ANDUEZA, José Guillermo, escrito presentado ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela el 21 de julio de 1982, a través del cual solicita la nulidad del parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, por ser violatorio del artículo 128 de la Constitución y de los ordinales 1º y 5º del artículo 190 del mismo Texto Fundamental (consultado en original). Lamentablemente, como ya vimos, este recurso fue declarado sin lugar, en una apretada votación de la Corte en Pleno (ocho a favor y siete en contra), para lo cual puede consultarse del autor del presente trabajo el artículo «Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 100, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 296 y ss.

que no hubiera lugar a ninguna duda ni discusión sobre el tema que pudiera enturbiar la participación de Venezuela en la integración andina y es innegable que era recomendable un reforzamiento en tal sentido. Por ello se incorporaron a los proyectos de reforma de la Constitución venezolana que se elaboraron a principios de los noventa a raíz de la profunda crisis política que sacudió a Venezuela en esos años, propuestas de un artículo que estableciera sin lugar a dudas la posibilidad de la atribución del ejercicio de competencias nacionales a favor de organismos supra-nacionales, pensándose básicamente en la Comunidad Andina.

Así, surgió en 1992 la propuesta de incorporar a la reforma de la Constitución una norma que se refería a la integración, cuyo texto era el siguiente:

En los Tratados que tengan por objeto promover o consolidar este proceso podrá convenirse en atribuir a los organismos e instituciones de integración, el ejercicio de determinadas competencias que esta Constitución haya conferido a los poderes del Estado. Las decisiones de estos organismos o instituciones tendrán efectos directos para la población en la medida en que lo establezca el Tratado. (Citada por BREWER-CARIAS, Allan R., *Debate Constituyente*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 177).

Lamentablemente este proceso de reforma constitucional se paralizó por cuestiones partidistas mezquinas del momento, y así, una vez superados los problemas políticos mencionados, se olvidó el tema de la reforma constitucional, pese a los esfuerzos del que luego fue nuevamente Presidente de la República, doctor Rafael Caldera, y hasta 1999 no se había concretado nada nuevo en materia de integración regional en la Constitución venezolana. Por eso, el Ejecutivo Nacional tuvo que seguir echando mano de la Constitución de 1961, concretamente del artículo 108, para afrontar el proceso de integración andina, tal como lo tuvieron que hacer los gobernantes que les correspondió asumir el reto de incorporarse en 1973 a un proceso de esta magnitud.

Ahora bien, en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena de 1973, dictada por el Congreso de Venezuela, así como en las leyes de este tipo de las Decisiones más importantes de la Comisión andina que en criterio del órgano legislativo nacional venezolano incidían en materias legislativas internas, el Congreso venezolano agregó siempre una declaración mediante la cual indicaba el sentido preciso que atribuía a las disposiciones del Acuerdo con el siguiente texto:

Parágrafo Primero: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República.

Esta norma de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena fue impugnada por medio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia por parte del mencionado profesor de Derecho Constitucional, doctor José Guillermo Andueza, y en sentencia de 10 de julio de 1990 el máximo tribunal venezolano declaró lamentablemente sin lugar la acción, en una cerrada votación en su Sala Plena de ocho magistrados a favor y siete en contra, por considerar que la aludida disposición no violaba la Constitución de 1961, entre otras razones porque, en su criterio, el Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión y esa determinación, en criterio de la Corte, no vulneraba la Constitución sino que, por el contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer exclusivamente los actos que por la Constitución ameritan de una ley.⁶

Igualmente, en 1983, el Congreso de la República sancionó la Ley Aprobatoria del Tratado que Crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en la cual, de igual forma que en la Ley Aprobatoria de 1973, incorporó un artículo con el siguiente texto:

Artículo 2. Las decisiones de la Comisión que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República.

De acuerdo con estas leyes aprobatorias, fue práctica regular en Venezuela hasta 1992 que todas las Decisiones de la Comisión que se refirieran a materias legislativas consideradas de competencia nacional, fueran aprobadas por ley del Congreso de la República y las que no lo fueron, como fue el caso de las Decisiones sobre la propiedad industrial, no tuvieron aplicación oficial en el país. Inclusive a las mismas no se les daba vigencia práctica mientras no eran publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

Esto último pese a que el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ya establecía expresamente que las «Decisiones de la Comisión obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión» (artículo 2), lo que se interpretó como que la aplicación inmediata de las Decisiones de la Comisión sólo era posible si era de las que no tuvieran por objeto materias de la competencia del legislador nacional, lo cual a todas luces constituía una concepción equivocada de un proceso de integración supranacional.

⁶ Véase SUÁREZ MEJÍAS, ob. cit., pp. 296 y ss.

Afortunadamente, esta situación cambió a partir de 1992, cuando el Ejecutivo Nacional comenzó a publicar en la Gaceta Oficial venezolana, sin previa ley aprobatoria del Congreso y sin ningún acto ejecutivo expreso que explicara la situación, lo que para los especialistas en la materia era innecesario por bastar lo que decían los tratados,⁷ las Decisiones de la Comisión, aun cuando incidían en la materia legislativa del Congreso Nacional. Incluso, el Ejecutivo Nacional reglamentó algunas de estas Decisiones y la propia Corte Suprema de Justicia ha aplicado en varias de sus sentencias algunas de ellas, pese a no haber sido aprobadas por el Congreso.

En efecto, en sentencia de 10 de marzo de 1993, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Société Anonyme des Galleries Lafayette* contra el Ministerio de Fomento de la República de Venezuela, expresó que la Decisión N° 313 de 14 de febrero de 1992 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no regía el caso de autos «por haber entrado en vigencia con posterioridad a los hechos que motivaron el caso que nos ocupa, pero son orientadoras de las tendencias legislativas en tal materia».⁸ Igualmente, en voto salvado a este fallo, la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó consideró «la vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena», la cual sería una «norma comunitaria», que «se sobrepone al derecho interno».⁹

En el mismo sentido, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en sentencia de 3 de agosto de 1995, adoptó su decisión considerando la vigencia de dos Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que no fueron aprobadas por ley del Congreso de la República por la nueva posición que al respecto tuvo el Ejecutivo Na-

⁷ En las Comunidades Europeas está prohibido que los países miembros publiquen en su órgano oficial nacional los actos comunitarios, lo que se considera un incumplimiento del Derecho Comunitario si llega a hacerse, porque es criterio del Tribunal de Luxemburgo que ello atenta contra el principio de seguridad jurídica en la integración del Derecho Comunitario en los ordenamientos jurídicos internos, ya que puede crear confusión la publicación del mismo acto tanto en el órgano interno como en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), que es el hace en primer lugar, del cual se cuenta vigencia de la norma. Sin embargo, en Venezuela tal concepción todavía no se tiene así de estricta y a lo sumo lo que se exige es que no sean aprobados los actos andinos por los órganos legislativos nacionales, pero no se ha dicho nada en contra de las publicaciones nacionales, además de la comunitaria. Creemos que tarde o temprano, importando la jurisprudencia europea, tal prohibición también debería aplicarse en la Comunidad Andina porque es totalmente aplicable y recomendable en virtud del aludido principio rector comunitario.

⁸ Citada por la Procuraduría General de la República de Venezuela en escrito presentado en la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 1993 (consultado en original, p. 23).

⁹ Procuraduría General, ob. cit., p. 23.

cional a partir de 1992, por lo que se han aplicado directamente (Decisiones N° 313 y 344, ambas en materia de propiedad industrial) cuando dice:

La situación en el Derecho venezolano era la de la vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que, habiendo sido promulgada en Quito el 6 de febrero de 1992, fue publicada en la Gaceta Oficial Venezolana N° 4.451 Extraordinaria, del 5 de agosto de ese mismo año. La Decisión 313 que sería derogada por la Decisión 344, rigió en nuestro país hasta el 31 de diciembre de 1993, ya que al día siguiente sería sustituida por la Decisión 344.¹⁰

Para la Procuraduría General de la República de Venezuela, lo establecido por las anteriores leyes aprobatorias debe considerarse modificada con la aprobación, también por ley, del Protocolo de Quito de 1987, que reforma el Acuerdo de Cartagena, la cual derogó tácitamente tanto el Párrafo Primero del Artículo Único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena del 1 de noviembre de 1973 como el artículo 2 de la Ley Aprobatoria del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena del 7 de julio de 1983, que establecían la necesidad de ley aprobatoria en Venezuela para las Decisiones de la Comisión andina.¹¹

En efecto, según la Procuraduría General de la República, esta derogación tácita se produjo porque la aprobación por parte del Congreso Nacional del llamado Protocolo de Quito,

...que no es otra cosa que una reformulación del Tratado del Acuerdo (*sic*) de Cartagena, implica la reintroducción en nuestro Derecho de dicha norma comunitaria o integradora, es decir, se trata de una norma posterior que regula de manera diferente la misma materia que había sido regulada por una ley anterior.¹²

En criterio de la Procuraduría venezolana, la supresión en la Ley Aprobatoria del Protocolo de Quito de toda mención a la necesidad de aprobación por el Congreso de las Decisiones de los órganos de la Comunidad Andina, «implica la derogación tácita de aquellas disposiciones

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sentencia dictada por su Sala Política Administrativa el 3 de agosto de 1995, en el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido por la sociedad mercantil Atari Mundial, C.A. contra decisión del Ministro de Fomento que niega el registro de la marca Nintendo (consultada en original, p. 27).

¹¹ Procuraduría General de la República de Venezuela, escrito presentado en el acto de informes en el recurso de nulidad interpuesto por la Cámara de Laboratorios Venezolanos (LAVE), Capítulo Venezolano de Alifan, contra el acto del Ejecutivo Nacional que ordenó la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela la Decisión N° 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1992, relativa al régimen de propiedad industrial (consultada en original, p. 11).

¹² Procuraduría General, escrito cit., p. 11.

contenidas en las leyes aprobatorias de 1973 y 1983, y ello implica de suyo la posibilidad de la vigencia directa en Venezuela de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina». ¹³ Siendo así, para la Procuraduría General «no cabe duda que en nuestro país el propio Congreso de la República ha abierto la posibilidad de la vigencia directa de las normas de integración andina, y por tanto en virtud de la naturaleza propia del Derecho de la Integración, esas normas deben, a todo efecto, equipararse a las leyes venezolanas». ¹⁴

Para el constitucionalista venezolano José Guillermo Andueza, pretender que el Congreso «apruebe las Decisiones de la Comisión —que no son tratados— es propiciar una invasión legislativa en el poder exterior del Presidente de la República» y que las cinco constituciones de los países miembros confieren al Presidente de la República la potestad de conducir las relaciones exteriores y de negociar y concluir los tratados, convenios o acuerdos internacionales, que es lo que la moderna doctrina jurídica ha dado en llamar el poder exterior, que si se quiere que no sea una fórmula vacía e insignificante, es preciso, citando a La Pérgola, aceptar que los órganos destinados a la conclusión de los tratados tengan asignado, en las esferas de su respectiva competencia, el mismo poder que, de forma general, ha sido conferido a los órganos legislativos. ¹⁵

Agrega el profesor Andueza que en las cinco constituciones de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, este poder exterior sólo tiene un control legislativo: el que se ejerce sobre los tratados. Una vez que el Congreso aprueba el tratado, como aprobó el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de creación del Tribunal de Justicia, para este autor el órgano legislativo nacional, que aquí es más bien un órgano de control, «agota su competencia y no puede pretender controlar los actos emanados del órgano normativo del Acuerdo». ¹⁶

Finaliza el profesor Andueza diciendo que en los casos de las Decisiones que requieran incorporación al Derecho Interno, «esa incorporación será dada por el Presidente de la República, en virtud de su poder exterior y no por el Congreso». ¹⁷ Y agregamos nosotros: esa necesidad de incorpo-

¹³ Procuraduría General, escrito cit., p. 11.

¹⁴ Procuraduría General, escrito cit., pp. 11-12.

¹⁵ ANDUEZA, José Guillermo, «La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena», *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 21.

¹⁶ ANDUEZA, «La aplicación directa del...», ob. cit. p. 21.

¹⁷ ANDUEZA, «La aplicación directa del...», ob. cit. p. 21.

ración al Derecho Interno o, más bien, de necesidad de normas nacionales para poner en vigencia las comunitarias, en todo caso deberá ser decidida por la Comisión del Acuerdo o el órgano andino que dicte la norma andina, como corresponde en un proceso de integración, y no por el Congreso Nacional o cualquier órgano interno.¹⁸ Este criterio del profesor Andueza parece haber primado en la solución de esta interesante discusión jurídica en Venezuela.

Sin embargo, en otro plano del problema, la mayoría de los jueces venezolanos no han querido someterse a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, siendo que solamente una vez la Corte Suprema de Justicia lo ha hecho y algunas pocas veces los jueces de instancias inferiores. En efecto, la ley venezolana de 16 marzo de 1983, mediante la cual se aprobó el Tratado que crea este Tribunal, dispuso en su artículo 3 que las normas contenidas en los artículos 28, 29, 30 y 31 de este tratado, que contienen la regulación del proceso de interpretación prejudicial, «deberán ser interpretadas en el sentido expresado en los artículos 129,¹⁹ 205²⁰ y 211²¹ de la Constitución venezolana». Por esta razón, la Procuraduría General de la República de Venezuela ha sostenido, con apoyo en las citadas normas constitucionales, que la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia andino, cuando es obligatoria, sería contraria a la autonomía judicial consagrada en la Constitución.

En este sentido, debemos observar, en primer lugar, que no deben considerarse estas normas constitucionales en forma aislada y fuera de su con-

¹⁸ De hecho, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene prevista en su artículo 3 la posibilidad de que, en excepcionales casos, que nunca pueden convertirse en la regla sin el riesgo de afectar el proceso de integración y su esencia, el órgano andino puede decidir suspender la vigencia de una norma publicada en el órgano oficial del Acuerdo de Cartagena para que los países miembros dicten los actos internos, no necesariamente leyes, que sean necesarios para preparar el terreno para la vigencia de la normativa comunitaria, lo que, en todo caso, será una decisión del órgano andino y cuando ello convenga a los intereses comunitarios, no porque lo exijan normas nacionales.

¹⁹ *Artículo 129* Constitución de Venezuela de 1961: «En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la república celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere impropcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración».

²⁰ *Artículo 205* Constitución de Venezuela de 1961: «En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público».

²¹ *Artículo 211* Constitución de Venezuela de 1961: «La Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República. Contra sus decisiones no se oír ni admitirá recurso alguno.»

texto, ya que al permitir la Constitución de 1961 la posibilidad de incorporación a un proceso de integración latinoamericano en su artículo 108, como es nuestro criterio, deben permitirse los mecanismos judiciales que este proceso implica necesariamente para lograr la uniformidad jurídica en el mismo. Y, además, tal como lo hace Uribe Restrepo, la interpretación prejudicial hecha por un tribunal comunitario constituye una colaboración que no invade la competencia de los jueces nacionales ya que el tribunal comunitario no decide por ellos sino que les da pautas de interpretación para el caso que en todo caso deberá resolver el juez nacional. El juez comunitario no decide sobre los hechos que tiene que conocer el juez nacional sino de la interpretación de la norma andina para que haya uniformidad de criterio en todos los países miembros y así evitar que cada juez nacional le dé un sentido diferente a la norma comunitaria. Por lo tanto, la posibilidad de interpretación judicial en nada afecta la autonomía e independencia de los jueces venezolanos, lo que, por lo demás, forma parte de un proceso permitido por la propia Constitución.²²

La interpretación prejudicial, de otra parte, así deba ser solicitada por la Corte Suprema de Justicia, no afecta para nada la jerarquía de los fallos propios de este alto tribunal ya que no es un fallo en sí mismo —sólo se trata de la interpretación de normas comunitarias y no entra en los hechos del caso— y si la Corte se ve obligada a solicitarla en determinados casos y a seguirla en todos, no es porque el Tribunal andino invada la jurisdicción nacional sino porque es necesaria para lograr la uniformidad jurídica en un proceso de integración que la Constitución permite.

En nuestro criterio, la interpretación prejudicial no es un recurso procesal contra las sentencias de la Corte, a los que hacía referencia el antiguo artículo 211 de la Constitución venezolana, sino que es un mecanismo judicial de apoyo o ayuda a los jueces nacionales para que puedan resolver los casos bajo su jurisdicción, con criterios más claros y uniformes en relación con las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, porque respecto a las normas nacionales, el Tribunal de Justicia andino ya no será competente para ni siquiera interpretarlas: ello sólo corresponde a los jueces nacionales. Como bien lo dice el artículo 30 del Tratado del Tribunal, en su interpretación «el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena» y el Tribunal «no podrá interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso».

²² URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 181.

En todo caso, se trata de una vía judicial que, aunque obligatoria en algunos aspectos para los jueces nacionales, como es cuando no hayan recursos internos posteriores a la sentencia nacional, con la consiguiente suspensión del proceso y la necesaria adopción de la interpretación dada por el Tribunal, debe ser interpretada a los fines de determinar su constitucionalidad dentro del contexto general de toda la Carta Magna, que permite, repetimos, la integración regional en su artículo 108 y ahora más en el nuevo artículo 153.

Además, el Tribunal de Justicia andino tiene tan serias limitaciones en la realización de esta labor de interpretación prejudicial que dudamos que este mecanismo le permita invadir competencias nacionales de los jueces venezolanos porque, entre otras cosas, no examina los hechos del proceso, todo lo cual es necesario para el buen funcionamiento de un proceso de integración permitido por la Constitución.

Se trata esta vía judicial andina de un mecanismo de cooperación o de colaboración entre los jueces nacionales y el tribunal comunitario, que de ninguna manera debe entenderse como que el Tribunal de Justicia de Quito es un órgano jerárquicamente superior a los jueces nacionales. La interpretación prejudicial es un mecanismo que, al ser parte de un sistema jurisdiccional de un proceso de integración, debe permitirse su procedencia al ser la integración un tipo de relaciones internacionales que favorecía la Constitución venezolana en su artículo 108. Al darse la atribución del ejercicio de competencias a la organización andina con la firma y ratificación del Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal, todo con la aprobación del Congreso de la República, debe entenderse que ello implica la inaplicación de las normas que pudieran colidir con el proceso de integración, aun las constitucionales y que no concuerden con los mecanismos comunitarios.

En nuestro criterio, al utilizar la Constitución venezolana²³ el término «integración» y no el de «cooperación», como sí lo hizo en otras partes de ella, como por ejemplo en el Preámbulo,²⁴ siendo que se trata de dos formas de relaciones internacionales perfectamente diferenciadas en la

²³ Según el artículo 108 de la Constitución de Venezuela de 1961 «La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes».

²⁴ Dice el Preámbulo de la Constitución de Venezuela de 1961 en uno de sus párrafos que «con el propósito de (...) cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de conquista internacional.»

doctrina, se aceptó una realidad supranacional que sucederá en todo proceso de integración, aunque comience en etapas intergubernamentales, que no fue el caso de la Comunidad Andina, que es lo que justamente distingue la integración regional de la simple cooperación internacional.²⁵

Creemos que limitar la integración prevista en el artículo 108 de la Constitución a los supuestos en los que no hubiese supranacionalidad no es la intención del constituyente de 1961 porque, si no, simplemente hubiera utilizado el término «cooperación» en todos los casos, pero como estaba y está perfectamente claro que esta última figura de las relaciones internacionales no permite la profundidad y la intensidad de los compromisos que el artículo 108 y el Preámbulo deseaban para la integración latinoamericana, se utilizó el término «integración».

En nuestra opinión, en todo caso, más inconstitucional era no permitir la participación de Venezuela en los procesos de integración latinoamericana, por las aludidas razones, que participar en ellos, así sea por mecanismos supranacionales —normales en la evolución de un proceso de integración—, porque se desprendía del contexto de la Constitución de 1961 claramente que ésta deseaba que Venezuela participara en ese tipo de procesos, aunque implicara o pudiera implicar en el futuro la atribución del ejercicio de competencias nacionales a una organización internacional.

Afortunadamente, estos problemas interpretativos ya no tienen cabida actualmente en Venezuela al ser aprobada en 1999 una nueva Constitución que en su artículo 153 permite la integración supranacional como posibilidad para nuestro país, en una forma verdaderamente modélica, llegando inclusive al establecimiento expreso de los principios de Derecho Comunitario de aplicación directa y primacía de las normas comunitarias como veremos de seguidas.

2. LA SITUACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Para el período constitucional 1999-2004 de los Poderes Públicos venezolanos fue electo como Presidente de la República el señor Hugo Chávez Frías, quien, como todos sabemos, impulsó un proceso para dictar una nueva Constitución.

²⁵ Al respecto véase SUÁREZ MEJÍAS, Jorge Luis, «La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.

Si bien el anteproyecto de Constitución presentado por el propio Presidente de la República ante la Asamblea Constituyente no preveía la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales²⁶ para llevar adelante procesos de integración supranacional, la Constitución finalmente aprobada por esta Asamblea Constituyente tiene en forma clara una norma que permite tal posibilidad, gracias a la intervención de instituciones dedicadas al tema que a tiempo lograron influir en tales mandamientos.²⁷

²⁶ Como lo dice Brewer-Carías, en el proyecto de Constitución presentado por el Presidente Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente, «sólo se incorpora un artículo tendiente supuestamente a fomentar el proceso de integración económica, que como una voluntad integracionista, sigue el sentido del artículo 108 de la Constitución de 1961, cuyo texto es del tenor siguiente:

«**Artículo.** La República favorecerá la integración económica latinoamericana y caribeña, defendiendo los intereses económicos, sociales y políticos del país, para insertarse en óptimas condiciones en el proceso de cambios mundiales ya en marcha. Para estos fines procurará fortalecer la cooperación económica, técnica y la coordinación de recursos y esfuerzos entre los Estados, para incrementar el desarrollo humano sustentable.»

Pero «además de la insuficiencia del Proyecto presentado por el Presidente Chávez en la solución de las exigencias constitucionales de la integración, debe destacarse el contenido de otra norma del mismo Proyecto que se encuentra ubicada en el Título V «Del sistema socioeconómico», que resulta contraria a la posibilidad de resolver la cuestión constitucional de la integración; según el cual:

«**Artículo.** Se considera nula y no escrita cualquier cláusula que, como consecuencia de compromisos crediticios, tecnológicos, comerciales, educativos o de cualquiera otra índole, condicione o limite la potestad soberana de la República para legislar o adoptar medidas en materia económica.»

Con fundamento en lo anterior, el profesor Allan Brewer-Carías propuso la inclusión en el proyecto de Constitución, en sustitución de las normas mencionadas, el siguiente artículo:

«**Artículo.** De la integración: «La República favorecerá y promoverá la integración económica, social y política, particularmente con los países latinoamericanos y del Caribe. Con tal objetivo, el Estado podrá celebrar tratados, acuerdos o pactos que sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad, establezcan organismos supranacionales, a los cuales se les podrá transferir determinadas competencias atribuidas a los poderes públicos nacionales, estatales o municipales. Las normas dictadas por dichos organismos supranacionales serán de aplicación directa en la República, a menos que requieran ser desarrolladas por normas de rango inferior.»

La ratificación por parte del Ejecutivo Nacional de aquellos tratados, pactos o protocolos que modifiquen o amplíen las competencias atribuidas a los referidos organismos, requerirán la previa aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta.» (BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente*. Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 177-181).

²⁷ En efecto, el FICI (Foro de Integración y Comercio Internacional) realizó los días 27 y 28 de septiembre de 1999 un seminario con el nombre de «Bases Jurídicas en los Procesos de Integración», del cual emanó un documento para la Asamblea Constituyente venezolana que contenía una propuesta para un articulado en materia de integración para la nueva Constitución, en cuya redacción participó activamente el autor del presente tra-

En efecto, el artículo 153 de la nueva Constitución de 1999 establece lo siguiente:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región.

La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. *Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.*

Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. *Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.* [Cursivas nuestras.]

Como se puede observar, esta norma constitucional constituye una verdadera innovación porque expresamente regula el supuesto de la incorporación de Venezuela a organizaciones internacionales que requieren para sus actividades disfrutar de la atribución del ejercicio de competencias por parte de los países que la conforman, comúnmente llamadas supranacionales.

En efecto, como vimos, hasta la Constitución de 1961 no estaba prevista expresamente en forma clara la posibilidad de que Venezuela pudiera intervenir en experiencias internacionales en la que hiciera falta que los Estados participantes se desprendiesen en favor de una organización externa a ellos, de poderes que hasta ese momento esos Estados habían disfrutado en exclusiva, de manera que a partir de allí los países miembros queden bajo el ámbito de aplicación directa, en determinadas áreas, de los actos comunitarios producidos en virtud del ejercicio de tales poderes por la aludida organización en materias de interés común.

El vigente artículo 153 de la Constitución ha eliminado todas las dudas al respecto y permite expresamente la suscripción de tratados internacionales en los cuales la República «podrá atribuir a organizaciones *supranacionales* el ejercicio de competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de *integración*». Nótese, como lo hemos hecho, que la

bajo, el cual si se compara con el contenido del artículo 153 de la Constitución de 1999 se puede observar que influyó decisivamente en su redacción (véase *Foro de Integración y Comercio Internacional*, Informe Anual 1999, FICI, Caracas, 2000, pp. 121-126).

nueva Carta Magna venezolana utiliza los términos «integración» y «supranacionales», que, como veremos, se contraponen a la «cooperación» y a la «intergubernamentalidad».

Se trata, en efecto, en primer lugar, de dos términos —los destacados en cursivas— que, en todo caso, no deben considerarse como sinónimos sino que cada uno tiene su propia especificidad,²⁸ y en segundo lugar, se trata —la integración— de una nueva forma de llevar adelante las relaciones internacionales, distinta a la que siempre se había utilizado entre los Estados modernos: la cooperación internacional intergubernamental.

Así las cosas, basados en estas premisas, no toda experiencia de integración necesariamente tiene que ser supranacional. Ciertamente, por ser la integración un proceso para lograr un resultado final y a la vez durante este proceso se van produciendo resultados parciales en cada una de sus etapas hasta llegar al objetivo último de los países participantes plasmado en los tratados, todo lo cual implica la asunción de compromisos muy profundos por los países, la integración puede ir adquiriendo naturaleza supranacional o propiamente comunitaria a medida que va evolucionando como tal. Por ello, puede iniciarse utilizando sólo mecanismos estrictamente intergubernamentales, como también puede comenzar directamente con formas supranacionales como sucedió en las Comunidades Europeas, aunque siempre con períodos de transición para lograr este estado.

Sin embargo, si de verdad se trata de un proceso de integración, esta original situación intergubernamental necesariamente debería evolucionar

²⁸ En efecto, la mayoría de los juristas cuando hablan de integración la asocian impretermitiblemente a la supranacionalidad, cuando en realidad no todo proceso de integración tiene que ser necesariamente supranacional, aunque cuando hay supranacionalidad en un acuerdo entre varios países, necesariamente debemos hablar de un proceso de integración. Ciertamente, la integración siempre conlleva un proceso para lograrla, proceso éste que tiene varias fases, en cada una de las cuales ya se logra algo de la integración que se busca como objetivo finalista. Estas fases varían de acuerdo con los autores (área de preferencias arancelarias, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica son las más aceptadas). Pues bien, no todas estas etapas necesitan de supranacionalidad para llevarlas a cabo sino que bastaría la intergubernamentalidad en varias de ellas, pero a partir de cierto estadio, que nosotros creemos que es la unión aduanera o como mucho en el mercado común, la integración requiere que los Estados participantes atribuyan el ejercicio de ciertas competencias nacionales a la organización creada, porque ya el proceso no puede manejarse con los acuerdos entre los representantes de los países de manera directa o con reuniones esporádicas entre ellos sino que requiere de una organización distinta a los países mismos, que tenga autonomía, en la cual, sin embargo, éstos podrán seguir participando directamente a través de algunos de sus órganos intergubernamentales, organización que se busca que pueda actuar con independencia a los Estados, de manera permanente y que no dependa de la voluntad de éstos para ejercer sus actividades, aun contra la voluntad de los propios países si ello hace falta.

hacia una realidad supranacional ya que se necesitarán compromisos más fuertes que ameritarán la presencia permanente de un organismo autónomo que no dependa de los Estados miembros para su funcionamiento y que se encargue de la vigilancia y control del proceso. Todo ello hace necesaria la creación o la conversión de la organización que ya pudiera existir en una estructura que con independencia pueda ejercer sus actividades comunitarias, pudiendo inclusive en algunos casos imponerse a éstos aun contra su voluntad, con sanciones en algunos casos si es necesario.

Por otro lado, el mismo artículo 153 habla en su inicio de que la República «promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña», en similares términos, por cierto, a como lo hacía el artículo 108 de la Constitución de 1961, «en aras de avanzar hacia la creación de una *comunidad de naciones*». La utilización de este último término, resaltado con cursivas, tiene mucha relevancia respecto al tema de la integración ya que justamente lo que se busca en un proceso de este tipo es la creación de una comunidad,²⁹ siendo su gran diferencia respecto a la simple cooperación, por lo cual en muchos casos será necesario agotar una primera etapa de carácter intergubernamental, en una suerte de preparación de los países involucrados, para posteriormente lograr la verdadera comunidad de Estados de índole supranacional, regida por una organización común a través de normas dictadas por ésta que regularán las materias y las situaciones del proceso.³⁰

²⁹ Cuando se habla de comunidad, se entiende que se ha producido la atribución del ejercicio de competencias de los países a una organización común, que por este motivo ya puede generar un derecho que, por provenir de una comunidad de Estados, se llama Derecho Comunitario, por lo cual la sola agrupación de países a través de un convenio de cooperación para ciertos fines no los convierte en una comunidad, motivo por el que, aunque se trate de un proceso de integración incipiente, si tiene naturaleza intergubernamental, no genera Derecho Comunitario sino Derecho Internacional.

³⁰ Sin embargo, en la Comunidad Andina y en las Comunidades Europeas desde el inicio se planteó una realidad supranacional, aunque con algunas dudas en la primera de ellas, de manera que no siempre la integración va de una intergubernamentalidad en sus fases incipientes a una supranacionalidad en etapas medias o avanzadas. Un proceso de integración también puede iniciarse directamente en un estadio supranacional. Pero, insistimos, lo lógico y natural, y hasta recomendable, es que un proceso de integración se inicie en una situación de intergubernamentalidad prevalente, para luego ir poco a poco a una situación de supranacionalidad a medida que éste avanza y se hace tan complejo el proceso que no es suficiente las reuniones de los representantes de los Estados. Sin embargo, hay realidades que no confirman en todos sus aspectos este precepto como el caso del MERCOSUR, el cual, pese a estar ya en una fase de unión aduanera y se prepara para un mercado común en los próximos años, no obstante mantiene una organización intergubernamental, sin presencia de supranacionalidad en las mismas, ni siquiera de un tribunal de justicia de carácter permanente e independiente de los países miembros. Lamentablemente, esto les ha dado lugar a graves problemas que insisten en solucionar por la vía intergubernamental.

En este orden de ideas, es indudable que las llamadas organizaciones supranacionales tienen características diferentes a las estructuras institucionales tradicionales generadas por los convenios de cooperación internacional, que hacen considerar a esta nueva realidad internacional como el origen de un nuevo derecho, que por ser generado por comunidades de Estados se ha llamado Derecho Comunitario.

Sin embargo, es exagerado afirmar, como lo hacen muchos, que la organización creada en este contexto, comúnmente llamada supranacional, está, como lo dice este término, por encima de los Estados. Se trata, ciertamente, de una realidad distinta a la que pudiere producirse por un tradicional convenio de cooperación internacional, que da lugar a una serie de situaciones y principios no existentes en esta última, pero de allí a considerar que las organizaciones así establecidas están en aquella situación de superioridad a los países no lo consideramos totalmente exacto porque no solamente son los Estados los que crean y conforman tales organizaciones por su propia voluntad soberana, dándole la naturaleza y características que tienen, sino que luego de creadas no tienen en los hechos realmente vida propia y superior a los países, aunque jurídicamente tengan personalidad jurídica. La verdad es que la organización supranacional será lo que los Estados quieran que sea y se mantiene bajo el control de los mismos después de creada, hasta el punto de que al lado de sus órganos internos propiamente supranacionales, es decir, los constituidos por miembros independientes³¹ que deciden por mayoría³², existen otros órganos de carácter intergubernamental, conformados por representantes de los Estados miembros, que adoptan las decisiones fundamentales de la organización a través de la regla de la unanimidad y

³¹ Son independientes porque una vez nombrados por los Estados miembros en el seno de los órganos intergubernamentales o por plenipotenciarios designados al efecto, adquieren estabilidad temporal porque no pueden ser removidos libremente ni por los Estados miembros ni por los órganos comunitarios que los nombraron porque tienen un período fijo para ejercer sus funciones y solamente pueden ser retirados de sus cargos previo procedimiento administrativo, si se determina que han cometido una falta grave.

³² La regla de la mayoría en los procesos decisorios de las organizaciones internacionales constituye un típico mecanismo supranacional de adopción de decisiones porque el acto dictado puede ser aplicado a todos los Estados sin excepción, aunque no hayan estado de acuerdo con el mismo. En estos supuestos ningún Estado, aunque no haya votado a favor o no esté de acuerdo con la decisión, no puede impedir su vigencia en su territorio, so pena de incurrir en incumplimiento. De esta manera se nota que la organización decide verdaderamente en lugar de los Estados, aunque éstos participen en la adopción del acto, lo que no puede ocurrir en los convenios intergubernamentales tradicionales por regla general, en los que se aplica la unanimidad o el consenso, es decir, para adoptar una decisión tienen que estar todos los países de acuerdo con la misma o por lo menos ninguno debe manifestar desacuerdo.

necesitan para emitir actos el concurso de la voluntad de todos los Estados participantes.

Así las cosas, no es totalmente exacto que lo que se llama supranacionalidad sea un atributo de ciertas organizaciones internacionales que les permita estar por encima de los Estados miembros, pero, lamentablemente, a falta de un término mejor, se ha seguido utilizando para denominar esta nueva realidad internacional, en la que ciertamente se dan situaciones muy particulares, no concebibles en las doctrinas tradicionales de Derecho Internacional. Lo más correcto sería decir que lo que se llama supranacionalidad permite la existencia de una institución que puede entrar a formar parte, junto a los órganos internos de los Estados miembros, de los supuestos de distribución de ejercicio de competencias entre el Poder central de los mismos y los entes descentralizados que pueden recibir la posibilidad de dictar actos públicos nacionales. Es decir, se trata, en pocas palabras, de un nuevo mecanismo de descentralización del Poder Público en cada uno de los Estados, con la diferencia de que en lugar de disfrutar la atribución del ejercicio de competencias un ente u órgano interno del Estado, se hace a una organización externa, que por estas razones sigue bajo el control de los Estados miembros y también puede desaparecer por voluntad ellos mismos y éstos a su vez recuperar la plenitud de sus competencias.

Pero no se queda allí el artículo 153 de la Constitución de 1999. Continúa el mismo diciendo seguidamente que como consecuencia de los procesos de integración de carácter supranacional, «[l]as normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y *de aplicación directa y preferente en la legislación interna*».

Esta última afirmación resaltada en cursivas es una de las consideraciones jurídicas más importantes que se han hecho en Venezuela en las últimas décadas y que ha dado lugar a una de las polémicas más conflictivas que se hayan producido en el ámbito jurídico venezolano, ya que para muchos era inconcebible, además de que para ellos nuestra anterior Ley Fundamental no lo permitía, que una decisión no emanada del Poder Público interno pudiera ser aplicada directamente y en forma inmediata en el ordenamiento jurídico venezolano sin tener que pasar por los tradicionales filtros u operaciones de transformación, aceptación, recepción, conversión o incorporación que ortodoxamente se había exigido a los actos de organismos internacionales, lo que, sin embargo, ya para los monistas del Derecho Internacional no era necesario en gran cantidad de supuestos, como quedaba retratado en el artículo 128 de la Constitución

de 1961 y se mantiene en el artículo 154 de la nueva Constitución venezolana.

Durante muchos años, ni los miembros del antiguo órgano legislativo nacional, ni los funcionarios que realizaban sus actividades en la Administración Pública venezolana, ni los jueces de la República, aceptaban que una norma de una organización comunitaria, externa, en principio, al Estado venezolano mismo, pudiera aplicarse inmediatamente en el ámbito jurídico interno, inclusive sobre los propios ciudadanos, en forma directa sin la participación de las autoridades nacionales, y que, además, este derecho tuviera primacía sobre normas nacionales en caso de conflicto. Para muchos ello era inconcebible y para evitarlo se inventaron multitud de artilugios y argumentos jurídicos que lamentablemente perjudicaron la puesta en práctica del único proceso de este tipo en el que Venezuela ha participado: la Comunidad Andina.

Hay que destacar en el artículo 153 de la Constitución de 1999 que no solamente establece los principios rectores del Derecho Comunitario de aplicación inmediata y de primacía de este derecho sobre las normas nacionales que pudieran obstaculizar sus efectos, sino que también dispone que aquel derecho forma parte integrante del ordenamiento legal vigente, lo que es muy importante porque de una forma clara deja establecido que las normas generadas en el ámbito comunitario no deben considerarse como distintas o ajenas a las nacionales, como tradicionalmente se había hecho respecto al Derecho Internacional, sino que el Derecho Comunitario forma parte integrante directamente del derecho venezolano desde el momento de su emanación por la organización de acuerdo con los mecanismos establecidos en los tratados constitutivos de la comunidad, sin necesidad de tener que hacerse procedimientos adicionales de recepción o conversión para que tales normas tuvieran vigencia y validez en el país.

Por otro lado, pareciera haberle dado el artículo 153 al Derecho Comunitario el rango de ley, independientemente de la forma que tenga, al decir que formará «parte integrante del ordenamiento *legal* vigente». Sin embargo, esta percepción podría cambiar si entendemos esta expresión en sentido amplio para incluir a todo el ordenamiento jurídico, sin tomar en cuenta su forma.

No obstante, la nueva norma constitucional venezolana aparentemente se ha quedado corta ya que limitó el principio de primacía del Derecho Comunitario a la legislación interna y no frente a la propia Constitución, lo que en las Comunidades Europeas constituye un presupuesto sustancial para su funcionamiento. Sin embargo, este principio, entendido así de esta forma tan amplia, en Europa ha tenido problemas de aplicación,

especialmente por las severas críticas que han hecho los tribunales constitucionales de varios Estados miembros, concretamente cuando de derechos fundamentales se trata.³³ Pero de la misma forma, la amplitud de este principio en Venezuela dependerá de la extensión con que se entienda la expresión utilizada por el constituyente.

La integración y la soberanía en la Constitución de 1999

Uno de los argumentos de mayor elaboración jurídica que ha perjudicado la participación pacífica de Venezuela en los procesos de integración supranacionales y el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias ha sido el derivado de la afirmación de que cuando un país se incorpora a una organización de este tipo, realiza una cesión de soberanía, con lo cual se hace ver que el Estado que participa en una experiencia supranacional se convierte en un país menos soberano que los que no lo hagan.

En efecto, para algunos, el menoscabo de soberanía que sufre un Estado por hacerse partícipe de una experiencia supranacional es tal que para poder llevarse a cabo debe ser sometido a innumerables autorizaciones y aprobaciones por parte de instancias nacionales, antes de que cada norma comunitaria pueda entrar en vigencia, lo cual sólo ocurrirá, en criterio de los que han sostenido esta posición, cuando el órgano nacional lo permita de acuerdo con el derecho interno, principalmente por lo establecido por la Constitución.

No obstante, cuando se analiza detenidamente el tema, ni una cosa ni la otra son ciertas. Es decir, ni la experiencia supranacional constituye una cesión o transferencia de soberanía a favor de la organización creada, ni la atribución del ejercicio de competencias a este tipo de organizaciones puede permitir que los Estados demoren la puesta en vigencia de las normas comunitarias o que éstos puedan impedir tanto la aplicación directa e inmediata del derecho generado por la organización como la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, por razones estrictamente internas.

En efecto, como bien lo dice el propio artículo 153 de la nueva Constitución venezolana, «la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración». De esta frase constitucional resulta claro afirmar que lo que hace el Estado venezolano cuando se incorpora a una organización supranacional es atribuir el

³³ Una visión general de este aspecto puede verse en SILVA ARANGUREN, Antonio y Jorge Luis SUÁREZ MEJÍAS, «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista Fundación Procuraduría*, N° 17, Caracas, 1997.

ejercicio de las competencias necesarias para ello y no ceder o transferir las competencias en sí mismas, de donde la titularidad de éstas sigue estando en manos de los Estados miembros y no pasa a la organización internacional. Por este motivo se puede decir que lo que realmente ocurre en un proceso de este tipo es una distribución del ejercicio de las competencias entre los Estados y la organización, porque así lo han querido los propios Gobiernos de los países involucrados por razones de conveniencia nacional y por permitirlo así sus Constituciones.³⁴

De allí que no es correcto afirmar que un país cuando acepta participar en una experiencia supranacional está cediendo parte de su soberanía a la organización creada y que por consiguiente, es menos soberano que otro que no esté en esa situación, hasta el punto de que ya no puede retirarse de la organización por su única voluntad y que tampoco puede recuperar la plenitud del ejercicio de sus competencias cuando lo desee. Ciertamente, como sucede en todos los convenios internacionales, por decidirlo así los Estados que los suscriben, la soberanía se ve limitada en el ejercicio que les corresponde a éstos, pero su contenido sigue enteramente bajo su titularidad y por ello cuando por su propia decisión los Estados quieran ejercer sus competencias en forma absoluta en el ámbito nacional sin intervención de la organización supranacional, pueden retirarse de ésta y recuperar la plenitud del ejercicio de sus competencias nacionales.

³⁴ La necesidad de afinar la expresión con que se refiriera la Constitución a la realidad supranacional fue uno de los aspectos más discutidos en las sesiones de trabajo llevadas a cabo en el seminario «Bases Jurídicas de los Procesos de Integración», organizado por el Foro de Integración y Comercio Internacional (FICI), celebrado en Caracas los días 27 y 28 de septiembre de 1999 con la participación de importantes especialistas en la materia latinoamericanos y europeos y el autor de este trabajo. En este evento se produjo un documento-propuesta a la Asamblea Constituyente que en ese momento se encontraba elaborando la nueva Constitución venezolana, en el cual quedó plasmada la necesidad, a diferencia de otros proyectos en esta materia, de utilizar la expresión «atribuir el ejercicio de las competencias» y no «transferencia de competencias» o cesión de las mismas, por considerarlo de nuestra parte más correcto y exacto al no ocurrir realmente en los procesos de este tipo estas últimas figuras sino la atribución del ejercicio en donde las competencias en sí mismas consideradas siguen estando bajo la titularidad de los Estados. Por esto, no hay en la integración supranacional ni menoscabo, ni perjuicio, ni disminución de las soberanías estatales sino, a lo sumo, una limitación de las mismas en una situación parecida a la figura de la descentralización del Poder Público, lo que ocurre, en todo caso, por propia voluntad soberana de los Estados y para su conveniencia e interés general. Afortunadamente esta parte de la propuesta fue considerada válida por la Asamblea Constituyente y fue incorporada en la nueva Constitución de 1999 en su artículo 153, lo que lamentablemente no fue compaginado con el artículo 73 *ejusdem* como también habíamos propuesto en el mismo documento, colocando lo establecido en este último artículo en el propio texto del actual artículo 153, pero en la versión definitiva todo ello fue separado en los actuales artículos 153 y 73 de la Carta Magna.

Todo esto se hace más cierto cuando nos damos cuenta de que una vez creada la organización supranacional, los Estados no desaparecen de su consideración en la realización de sus actividades sino que sus representantes siguen participando en la adopción de las decisiones de la organización a través de los llamados órganos intergubernamentales, en los que es fundamental para dictar sus actos que todos los Estados presentes den su consentimiento. Es decir, no es del todo cierto que una organización supranacional, luego de constituida por los Estados miembros, llegue a tener una independencia tal que le permita prescindir en todos los casos de la voluntad de los países que le dieron origen, debiendo éstos someterse ciegamente a sus designios. Realmente, en el sentido estricto del término, la organización así creada no es supranacional, pero a la vez este término refleja una situación especial en la que la organización así creada disfruta de una serie de poderes que de acuerdo con el Derecho Internacional clásico no era posible que tuviera.

Por otro lado, es consustancial a una experiencia supranacional, en una realidad como la antes anotada, que sus actos y normas no tengan que pasar por el tamiz legislativo o administrativo de los órganos nacionales ya que, de otra manera, el poder de decisión de la organización y sus posibilidades de independencia de actuación no variarían en lo más mínimo a las que tienen las organizaciones intergubernamentales tradicionales, que las han llevado a ser muy criticadas justamente por su falta de poder, su debilidad en situaciones límite y por la imposibilidad de imponerse a los mismos Estados en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por éstos en los tratados. Permitir obstáculos u aprobaciones como las que sostienen algunos que deben sufrir los actos comunitarios antes de entrar en vigencia en cada país es menoscabar e impedir de manera casi definitiva el funcionamiento de las organizaciones supranacionales, de una manera tal que no se diferenciarían en ninguna medida de las que quisieron no parecerse.

En todo caso, las razones que pueden alegarse para que una norma comunitaria no entre en vigencia de inmediato, esto es, cuando es publicada en el órgano oficial del convenio, como lo establece el artículo 3 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, importando así un principio del Derecho Comunitario europeo, deben ser también de índole comunitaria y no nacionales, lo que quedará en el criterio de los propios órganos comunitarios y no de los Estados miembros, lo cual sólo puede suceder en casos realmente excepcionales cuando, repetimos, ello convenga a la comunidad.³⁵ De cualquier manera, tal excepción no im-

³⁵ Según el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina «Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de

plica que la norma comunitaria deba transformarse en derecho nacional porque ello no es necesario en ningún caso en el Derecho Comunitario, ni siquiera en los casos en que la suspensión de la vigencia se haga, y tal expresión utilizada por el Tratado andino debe interpretarse de acuerdo con el Derecho Comunitario y no por los principios de Derecho Internacional.³⁶

La integración latinoamericana en la Constitución de 1999

El artículo 153 de la Constitución venezolana ratifica lo que una vez dijo la Constitución derogada de 1961, no con las mismas palabras pero sí con otras, quizás en un sentido más amplio, parte de lo cual ya hemos transcrito antes: la República «promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región». Luego continúa diciendo el mismo artículo que la República «podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes».

la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior». Luego agrega el mismo artículo en un párrafo diferente que «Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro». Como puede verse, se trata, en todo caso, de una decisión del órgano comunitario y no de los Estados que la norma andina no entre en vigencia cuando se publique en el órgano de la Comunidad sino del propio órgano que la dictó. Y no se trata propiamente de una «incorporación al derecho interno» como infelizmente dice la norma del Tratado, figura ésta que por lo demás está prohibida en el Derecho Comunitario, sino de una forma de preparar el terreno cuando al órgano andino le parezca conveniente para los intereses comunitarios que algún acto interno deba dictarse previamente. La norma comunitaria no necesita de incorporación al derecho interno, ni de recepción o conversión o transformación, porque se considera que tal norma desde que se publica es derecho nacional, aunque no entre en vigencia inmediatamente.

³⁶ Hablando de esta situación, el profesor José Guillermo Andueza dice que sostener que «la incorporación de una Decisión al Derecho Interno significa aplicar los procedimientos de recepción del Derecho Internacional sería un error jurídico. Cuando una Decisión disponga que ella requiere de incorporación en el Derecho Interno para entrar en vigencia lo que sucede es que su aplicabilidad queda en suspenso hasta que el país miembro adopte las medidas que sean necesarias para que la Decisión se cumpla. El acto expreso que exige el artículo [3] del Tratado no es otro que aquel que contiene las medidas de ejecución, complementación o desarrollo. Ese acto interno puede ser la promulgación de una ley, de un decreto reglamentario o de cualquier otro acto de Derecho Interno» (ANDUEZA, José Guillermo, *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal/Estudios 3, Quito, 1986, pp. 72-73).

Más adelante, para cerrar sus aspectos programáticos, el artículo 153, complementando la posibilidad de atribución del ejercicio de competencias a que antes hicimos referencia, dispone que dentro «de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina, todo lo cual se pretende perfeccionar con estipulaciones tan relevantes como la que antes comentamos de que «[l]as normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna».

Como puede verse, está más clara en la nueva Constitución la concepción de la integración como una forma distinta de manejo de las relaciones internacionales frente a los tradicionales mecanismos de la cooperación internacional porque siendo ésta una importante forma de entenderse los países en ciertos supuestos, no llena las expectativas en otros, ni satisface a los Estados cuando se trata de la asunción de compromisos más profundos entre ellos con la finalidad de lograr, como dice el mismo artículo 153, el desarrollo común de las naciones, el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de los habitantes. Esto, ciertamente, sólo puede lograrse a través de la integración, que significa etimológicamente, como bien se puede apreciar en cualquier diccionario, que unas partes se unen para conformar un todo, en donde cada parte mantiene su individualidad y existencia, es decir, no se funden para ello o lo que es lo mismo, los países cuando se integran mantienen su individualidad y aunque se avance en el proceso, no crean un nuevo Estado.

La cooperación, sin embargo, puede ser un mecanismo complementario para lograr ciertas metas de la integración,³⁷ ya sea las directamente relacionadas con el propio proceso o para poder entenderse con los demás países en situaciones en las que no hace falta asumir lazos tan profundos como los que se producen cuando una experiencia integradora tiene éxito.

³⁷ Ciertamente en los procesos de integración supranacional más destacados (las Comunidades Europeas y la Comunidad Andina) se utilizan como mecanismos complementarios a las propias comunidades, la cooperación en ciertas áreas en las que los Estados miembros no quieren desprenderse del ejercicio directo de las competencias involucradas. Por ello, al final se ha creado un macrosistema de integración, que en el viejo continente se llama la Unión Europea, en el cual coexisten pilares propiamente comunitarios —las Comunidades Europeas— y pilares extracomunitarios en los que se maneja básicamente la cooperación intergubernamental. Esto último ocurre, por ejemplo, en la materia policial y penal y en la política exterior y de seguridad común europeas, todo lo cual se hace, en todo caso, para intensificar el proceso de integración y conformar un sistema. Algo similar sucede en la Comunidad Andina en la que, al lado de sus mecanismos supranacionales, existen convenios de cooperación internacional, todo lo cual constituye lo que se llama desde 1996 el Sistema Andino de Integración.

En todo caso, la Constitución venezolana con este artículo 153, se convierte en una de las más avanzadas y modernas del continente, solamente comparable con la Constitución colombiana, al permitir y prever expresamente situaciones que hasta hace poco eran inaceptables, no solamente en Venezuela sino en el mundo. En Europa, por ejemplo, en donde nacieron las primeras experiencias integradoras del mundo, especialmente las de naturaleza supranacional, hubo que hacer varias reformas para que las Constituciones permitieran situaciones como las que se producen en las Comunidades Europeas, lo que llevó a que el tema fuese discutido entre sus ciudadanos y los órganos de los Poderes Públicos, previamente a la suscripción de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, no solamente cuando se trataba de la incorporación de los países a las mencionadas comunidades sino cada vez que estos tratados debían sufrir alguna reforma. Lamentablemente esta generación de opinión pública no se ha producido en nuestro país en este tema, pero no está lejos el día que ello ocurra ya que lo establecido en la Constitución en su artículo 153 puede ser motivo suficiente para que temas como la integración latinoamericana se discutan a todos los niveles en el futuro.

La participación ciudadana y la integración en la Constitución de 1961

La Constitución de 1999 ha previsto que

...[l]os tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

Es decir, como sucede en otros supuestos, la Constitución venezolana pretende la participación de los ciudadanos venezolanos en la toma de decisiones en aspectos en los que no se había hecho hasta ahora como es en la integración, lo que ha llevado, como hemos dicho, a que estos mecanismos no formen parte de la vida diaria del venezolano, ni se discuta abiertamente sobre el tema y lo que es más grave: no se conozcan las características, bondades y consecuencias de los procesos de este tipo. Tampoco se ha logrado que la integración sea considerada como política de Estado de manera que sea tomada en cuenta cuando cada rama del Poder Público deba adoptar sus decisiones de acuerdo con las conveniencias del país, ni para hacer la planificación del Estado.

Ahora bien, quizás por regular aspectos que sólo complementan la eficacia de la integración como figura de las relaciones internacionales, que

no la esencia que le permite existir en Venezuela de acuerdo con el artículo 153 de la Constitución de 1999, el artículo 73 *ejusdem* tiene inconsistencias respecto a lo establecido en el primero de los artículos nombrados al utilizar expresiones como «comprometer la soberanía nacional» y «transferir competencias», esto como consideraciones para ser sometido un tratado internacional a un referendo. Esto, en nuestro criterio, constituye una contradicción respecto a las ideas constitucionales esbozadas en el artículo principal que regula la integración y la supranacionalidad en nuestra Ley Fundamental debido a que no es correcto afirmar que la integración, y aun la supranacionalidad, pueden realmente comprometer la soberanía del país ya que no puede considerarse que estos mecanismos produzcan una cesión o transferencia de ésta a la organización creada como erradamente lo dice el artículo 73. Lo más que puede afirmarse en esta situación es que la integración o la supranacionalidad pueden limitar el ejercicio de competencias nacionales como lo pueden hacer también los convenios de cooperación internacional tradicionales, aunque es innegable que da lugar a situaciones muy especiales no posibles en éstos.

De allí que no luzca cónsono con la idea de integración, de acuerdo con los términos del artículo 153 de la Constitución, considerar que aquélla pueda «comprometer la soberanía nacional» y menos aún decir que puede dar lugar a una «transferencia de competencias», cuando el propio artículo 153, utilizando correctamente los términos que la definen, usa, en lugar de «cesión o transferencia de competencias» como erróneamente hace el artículo 73 *ejusdem*, la figura de la atribución del ejercicio de competencias, lo que es sustancial a la supranacionalidad en contraste con la intergubernamentalidad.

Posiblemente la explicación a esta contradictoria situación entre estos dos artículos constitucionales pudiera estar en el origen de cada uno de ellos, ya que aparentemente provienen de distintos proyectos en donde el artículo 153 resultó de una discusión donde se tomaron en cuenta conceptos mejor elaborados sobre los temas que involucra y que parecieran haber sido más acabadamente definidos que los que formaron las ideas del actual artículo 73 de la Carta Magna.³⁸

En todo caso, la intención del artículo 73 es positiva porque permite la posibilidad de una mayor participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas sobre este tema, para con ello generar una más amplia discusión de ciertos temas como la integración, y la supranacionalidad

³⁸ Véase *Foro de Integración y Comercio Internacional, Informe Anual...*, pp. 121 y ss.

que pudiera llevar implícita, lo cual no se ha hecho pese a haberse aprobado un artículo tan valioso como el comentado artículo 153, motivo por el cual no se ha medido en su justo alcance y medida lo que significa que Venezuela pertenezca a una comunidad de Estados, como sucede en la Comunidad Andina, lo que ha influido para que nuestro país incurra en múltiples incumplimientos comunitarios, en gran parte por desconocimiento de la materia por parte de sus propios funcionarios y jueces, aun cuando Venezuela sigue siendo uno de los pilares de la misma desde que se comenzó a discutir su proyecto de nacimiento a mediados de los años sesenta entre los entonces Presidentes de Venezuela, Colombia y Chile, lo que dio lugar en 1969 al Pacto Andino, paradójicamente con la ausencia de Venezuela en 1969.

Y justamente la ausencia de Venezuela en el Acuerdo de Cartagena se produjo por la falta de acuerdo entre las fuerzas vivas de nuestro país sobre las consideraciones de una figura como la integración, a la que todavía no se ha llegado a entender en su exacta dimensión, con sus beneficios y consecuencias. Seguramente si se analizaran en su globalidad y como parte de un contexto tales aspectos, se entenderían mejor muchos de sus detalles y nuestro país estaría más consciente de lo que significa formar parte de una experiencia como ésta. En el peor de los casos sólo podrían considerarse los supuestos perjuicios que sufre un país por intervenir en un proceso de integración, que los puede haber, como sacrificios para lograr resultados más positivos para una región, que al final también serán para nuestro país.

CONCLUSIÓN

Como puede deducirse de todo lo anterior, el artículo 153 de la Constitución venezolana de 1999 es una norma de la que deberíamos sentirnos orgullosos todos los venezolanos porque constituye un gran avance en la materia en Latinoamérica y que ojalá signifique una luz en el túnel en que la integración ha estado durante varias décadas en nuestro país.³⁹

Hubiera sido deseable una mayor compaginación entre los términos y conceptos manejados en las dos principales normas involucradas en esta materia, como son los artículos 153 y 73 de la Carta Magna, en el sentido de haber entendido mejor la dimensión de la integración, el significado de la supranacionalidad que ella pudiera llevar implícita y la sobera-

³⁹ Lamentablemente la situación actual de la integración en Venezuela no es positiva como puede verse de la descripción que hace el autor de este trabajo en «La integración en Venezuela: balance y perspectivas (1999-2000)», *Informe Anual 1999*, FICI, Caracas, 2000, pp. 37-42.

nía que se ve involucrada, lo que no parece haberse colocado en su justo lugar cuando comparamos ambas normas, probablemente por provenir ellas de procesos de elaboración distintos.

Sin embargo, creemos que el nuevo contexto constitucional venezolano en esta materia es un avance y se desprende que el constituyente ha acogido finalmente un buen significado de la integración como política de las relaciones internacionales venezolanas y lo que pudiera conllevar a la larga con la supranacionalidad como elemento determinante en su desarrollo y que necesariamente deberá estar presente en muchos de sus casos.

Sin embargo, y parece también haberlo acogido el constituyente, la soberanía no debe considerarse que se ve perjudicada o menoscaba sino que simplemente se trata de su ejercicio compartido en ciertas áreas con una nueva organización, en la que participa nuestro país en su creación y actividades, por lo que, como mucho, lo que sucede en estos casos es que la soberanía sólo se ve limitada pero no reducida, lo cual, en todo caso, se hace para lograr beneficios nacionales y superar problemas propios conjuntamente con otros países. Pero para ello, claro está, Venezuela deberá cumplir la normativa comunitaria y si la organización supranacional actúa con la participación de nuestros representantes de manera relevante en sus órganos intergubernamentales, tal limitación en la soberanía será menor porque pueden intervenir en la toma de las decisiones más importantes del proceso y también controlar a los órganos que, en principio, pueden actuar con independencia de los países miembros.

Creemos que la Constitución ha dejado claro que la integración es una prioridad para Venezuela, especialmente la latinoamericana, que es posible la participación de nuestro país aun en estadios tan avanzados como en los que existe supranacionalidad, en la que es necesario que ocurra algo tan importante como que el Poder Público nacional atribuya el ejercicio de ciertas competencias a la organización externa, pero que la soberanía por este hecho no se ve menoscaba o perjudicada, repetimos, sino sólo limitada en su ejercicio interno ya que, en primer lugar, se trata de experiencias en las que el Estado venezolano participa por su propia voluntad soberana junto con otros países, por razones que tienen que ver con su propia conveniencia, y en segundo lugar, luego el gobierno venezolano puede seguir interviniendo en la toma de decisiones en el seno de la organización, lo que le conviene continuar haciéndolo por requerirlo así los intereses de nuestro país, si queremos pensar en forma egoísta, y por necesitarlo así el proceso mismo y Latinoamérica entera ya que Venezuela es un factor muy importante en su desarrollo.

En todo caso, no creemos que los problemas que existen en Venezuela con respecto al tema de la integración se vayan a solucionar por el sólo hecho de tener en nuestra Constitución unas modernas normas más acordes con la dimensión de aquélla. Hace falta, adicionalmente, algo más, como que nuestros gobernantes, jueces y funcionarios dejen de manejar un concepto de soberanía totalmente superado, con una visión miope de la misma, lo que nos impide adaptarnos a un mundo globalizado que requiere asociaciones estratégicas entre los países menos beneficiados, contradictoriamente a lo que piensan la mayoría de los que dirigen los destinos de nuestros países de que haciendo uso de un concepto de soberanía totalmente arcaico, radical y extremo, vamos a solucionar nuestros problemas, cuando es todo lo contrario: la integración, que no es una amenaza a nuestra soberanía, puede servir de contrapeso a formas exageradas de hacer globalización, que obviamente no hacen bien a los países menos desarrollados.

Si nos mantenemos separados y pensando que individualmente resolveremos nuestros problemas, la influencia negativa del mundo exterior y concretamente de los más desarrollados será mayor y causará más problemas a nuestras economías. No debe verse a la integración, de acuerdo con esa concepción superada de soberanía, como una forma de intervención extranjera en los asuntos internos de cada uno de los países sino como un mecanismo de unión para evitar los efectos perversos de un mundo globalizado, que así como tiene sus beneficios, en todo caso es irreversible, de manera que si no nos adaptamos y creamos bloques que hagan contrapeso, nuestros países sufrirán, y ya las están sufriendo, perjuicios muy graves.

Está en manos de nosotros mismos como ciudadanos ilustrarnos sobre este tema de una manera más adaptada al siglo XXI para así poder exigir más, y está por parte de nuestros líderes superar una concepción de soberanía que nos hace daño porque nos impide afrontar a la integración, y aun la misma cooperación, con actitud positiva. De ninguna manera debemos seguir manteniendo una tesis extrema de protección de la soberanía porque los perjudicados seremos nosotros mismos, lo que tampoco quiere decir que nos entreguemos ciegamente a los más poderosos. Todo lo contrario: frente a efectos negativos, debemos unirnos para contrarrestarlos y así crear un medio más favorable a nuestros intereses, sin egoísmos, con sinceridad y transparencia.

Esa justamente deberá ser nuestra labor. Con una norma constitucional tan favorable, debemos seguir insistiendo en las ideas de la integración como un mecanismo para solucionar problemas en la región. De otra manera, la soberanía en una concepción arcaica de nuestros gobernantes

nos llevará a más desgracia y a más penuria porque el aislamiento, la prepotencia y la individualidad no nos conducirá a ninguna parte sino a más pobreza porque el resto del mundo se está uniendo cada vez más.

Teoría de la separación entre los actos administrativos y los contratos de la administración pública en Venezuela¹

Fabiola del Valle Tavares Duarte²

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El más Alto Tribunal de la República³, en reiterados fallos, adopta y desarrolla de modo implícito (CSJ/SPA⁴: 20-07-65, en GF, N° 49; CSJ/SPA:

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación: *El contencioso de los contratos administrativos*, financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de La Universidad del Zulia (LUZ).

² Abogada. Magíster Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público, Mención Derecho Público. Doctora en Derecho. Docente e investigadora adscrita al Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público (IEPDP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia (LUZ). Telefax: 061-596676, email: tavaresfaby@cantv.net.

³ Este Tribunal recibe numerosas denominaciones en la historia constitucional venezolana, a saber, Corte Suprema de Justicia, en las Constituciones de 1811, 1830, 1857, 1858, 1947 y 1961; Alta Corte de Justicia, en las Constituciones de 1819 y 1821; Alta Corte Federal, en las Constituciones de 1864 y 1874; Alta Corte Federal y Corte de Casación, en las Constituciones de 1881, 1891 y 1893; Corte Federal y Corte de Casación, en las Constituciones de 1901 y 1953; Corte Federal y de Casación, en las Constituciones de 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1931, 1936 y 1945; y, Tribunal Supremo de Justicia, en la Constitución de 1999. Véase Brewer-Carías, 1985; Brewer-Carías y Calcaño de Temeltas, 1994; Tavares Duarte, 1999; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: artículos 253 y 262; TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000.

⁴ Las abreviaturas utilizadas en la investigación son las siguientes: CSJ/SPA: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>: Página web del Tribunal Supremo de Justicia; GF: Gaceta Forense; LCAPE: Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España de 1995; LOCSJ: Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; RDP: Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana; TSE: Tribunal Supremo de España; TSJ/SC: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional; TSJ/SPA: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa; VS: Voto salvado.

11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8, caso: Cementerio Monumental Carabobo, S.A.; CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8, caso: Urbapsa; CSJ/SPA: 08-03-90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 09-05-91, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; TSJ/SPA: 20-01-00, en Pierre Tapia, N° 1; TSJ/SPA: 29-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Guisepppe Scandiuzzi Caberlotto) o expreso (CSJ/SPA: 26-09-90, en Pierre Tapia, N° 9; CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 26-04-95, en Pierre Tapia, N° 4; CSJ/SPA: 03-10-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6; TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000) la denominada, por la jurisprudencia y la doctrina francesas, teoría de los *actes détachables*, según la cual, en textuales palabras de De Laubadère (en CSJ/SPA: 26-09-90, en Pierre Tapia, N° 9: 41), «...las decisiones administrativas unilaterales que puedan ser aisladas de la conclusión misma del contrato en el conjunto del procedimiento contractual son susceptibles de ser atacadas directamente».

Conforme a lo consagrado por las aludidas jurisprudencia y doctrina extranjeras, la Sala Político-Administrativa⁵ de la Corte Suprema de Justicia acepta y aplica la *teoría de la separación o de los actos separables* «...respecto de los contratos en los cuales es parte una persona moral de Derecho Público» (CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6: 68), vale

⁵ El Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación de 1905 y el Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación de 1910 dividen el Primer Tribunal en dos Salas: Sala Federal y Sala de Casación. No obstante, el Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación de 1916 dispone que el referido Tribunal se encuentra integrado por la Sala Político y Administrativa, la Sala Federal y la Sala de Casación. Estas menciones se conservan, de forma idéntica, en las Leyes Orgánicas que regulan la organización y funcionamiento del Máximo Tribunal de 1917, 1922, 1923, 1925, 1928 y 1941. La Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de 1945, al derogar la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República de 1941, crea la Corte Plena, cuyas Salas se llaman Corte Plena, Sala Federal y Sala de Casación. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1948 modifica la denominación de las reseñadas Salas, en los términos siguientes: Corte Plena, Sala Administrativa, en sustitución de la Sala Federal, y Sala de Casación. La Constitución de 1953 desintegra el Tribunal Supremo y crea dos órganos jurisdiccionales diferentes: la Corte Federal y la Corte de Casación, constituida esta última de acuerdo a la Ley Orgánica de la Corte de Casación de 1953, por la Sala Civil, Mercantil y del Trabajo y la Sala Penal. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 establece que la Corte ejercerá sus funciones en Pleno, en Sala Político-Administrativa, en Sala de Casación Civil y en Sala de Casación Penal. Finalmente, la Constitución de 1999 preceptúa que el Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Políticoadministrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social. Véase Brewer-Carías, 1985; Brewer-Carías y Calcaño de Temeltas, 1994; Tavares Duarte, 1999; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: artículo 262.

decir, el género contratos de la Administración Pública, constituido por las especies contrato administrativo o contrato de derecho público (CSJ/SPA: 26-09-90, en Pierre Tapia, N° 9; CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 03-10-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA; Araujo Juárez, 1991; Canova González, 1998; Tavares Duarte, 1999) y contrato de administración o contrato de derecho privado (CSJ/SPA: 20-07-65, en GF, N° 49; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6; CSJ/SPA: 14-10-98, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999, caso: José Álvarez Stelling; Araujo Juárez, 1991; Canova González, 1998; Tavares Duarte, 1999).

La clásica teoría francesa, si bien permite la invalidación de los actos autónomos, desprendibles, independientes o separables de los contratos de la Administración Pública mediante la interposición, por el contratista o el tercero, del recurso por exceso de poder, deja subsistente el vínculo contractual. Es la referida consecuencia el principal rasgo diferenciador entre las concepciones francesa y venezolana de la separación, pues, con arreglo a la última, la impugnación de los actos separables, por parte del cocontratante o del oferente no adjudicatario, a través del recurso contencioso-administrativo de anulación, determina la nulidad del contrato respectivo (CSJ/SPA: 20-07-65, en GF, N° 49; CSJ/SPA: 20-07-65, en TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; CSJ/SPA: 26-06-90, en Pierre Tapia, N° 6; CSJ/SPA: 08-03-90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6; VS CSJ/SPA: 18-03-99, en Pierre Tapia, N° 3).

Lo expuesto sugiere reconocer una similitud entre la tesis jurisprudencial (TSE: 04-02-65, en Cosculluela Montaner, 1998), doctrinal (Fernández, 1987; Garrido Falla, 1992; Cosculluela Montaner, 1998; García de Enterría y Fernández, 1998) y legal (LCAPE, en García de Enterría y Fernández, 1998) del acto separable en España y su elaboración jurisprudencial en Venezuela, por cuanto, también, en ese país los actos separables del contrato de derecho público y del contrato de derecho privado de la Administración Pública pueden ser impugnados independientemente, y, en el caso de ser anulados, el propio contrato queda nulo y entra en fase de liquidación, sin necesidad de plantear un nuevo proceso (García de Enterría y Fernández, 1998; García de Enterría y Fernández, en CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6; García de Enterría y Fernández, en CSJ/SPA: 30-09-98, en Pierre Tapia, N° 9).

2. ACTOS SEPARABLES

2.1. Concepto y naturaleza jurídica

Durante el período comprendido entre los años 1965 y 2000, se observa en constantes decisiones del más Alto Tribunal venezolano, llámese éste en el devenir histórico constitucional Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia, la distinción entre los actos bilaterales o contratos celebrados por la Administración Pública y los actos unilaterales dictados por ella (CSJ/SPA: 20-07-65, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, 1996; CSJ/SPA: 08-03-90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 26-06-90, en Pierre Tapia, N° 6; CSJ/SPA: 11-04-91, en Pierre Tapia, N° 4; CSJ/SPA: 09-05-91, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 25-03-93, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 09-11-93, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 24-09-98, en Pierre Tapia, N° 9; TSJ/SPA: 20-01-00, en Pierre Tapia, N° 1; TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; TSJ/SPA: 06-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000).

En el supuesto de que la segunda categoría de actos incida en la esfera contractual, sin confundirse con la misma, se está en presencia de los actos autónomos, desprendibles, independientes o separables, definidos como «... decisiones administrativas unilaterales...» (CSJ/SPA: 26-09-90, en Pierre Tapia, N° 9: 41; CSJ/SPA: 11-04-91, en Pierre Tapia, N° 4: 76; CSJ/SPA: 26-04-95, en Pierre Tapia, N° 4: 87; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6: 67), dictadas tanto en la fase de formación o gestación del contrato administrativo (CSJ/SPA: 24-09-98, en Pierre Tapia, N° 9) y del contrato de administración (CSJ/SPA: 20-07-65, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, 1996; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6) como en la fase de cumplimiento o ejecución del contrato administrativo (CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 03-12-91, en Pierre Tapia, N° 12; CSJ/SPA: 18-03-99, en Pierre Tapia, N° 3; TSJ/SPA: 20-01-00, en Pierre Tapia, N° 1; TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Santiago Tomás Oliva Acosta), susceptibles de ser aisladas e impugnadas de forma directa, por el cocontratante de la Administración Pública (CSJ/SPA: 26-06-90, en Pierre Tapia, N° 6) o el tercero no adjudicatario (CSJ/SPA: 20-07-65, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, 1996; CSJ/SPA: 09-11-93, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999).

Se aprecia, así, la indiscutible *naturaleza jurídico administrativa de los actos separables* (CSJ/SPA: 11-04-91, en Pierre Tapia, N° 4; CSJ/SPA: 03-12-91, en Pierre Tapia, N° 12; CSJ/SPA: 26-04-95, en Pierre Tapia, N° 4; CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; VS CSJ/SPA: 17-03-99, en Pierre Tapia, N° 3) de los contratos de la Administración

Pública, corroborada por el reconocimiento de la posibilidad de atacarlos en vía administrativa y, una vez agotada ella, en vía contencioso-administrativa (VS CSJ/SPA: 17-03-99, en Pierre Tapia, N° 3; TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; TSJ/SPA: 30-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000), «... con base a los ... vicios del acto administrativo...» (CSJ/SPA: 11-04-91, en Pierre Tapia, N° 4: 77; CSJ/SPA: 26-04-95, en Pierre Tapia, N° 4: 87).

La jurisprudencia y la doctrina nacionales, fundamentadas en la contrariedad al derecho, distinguen dos categorías de vicios concernientes al acto administrativo, a saber, el vicio de inconstitucionalidad o violación directa de la Constitución; y, el vicio de ilegalidad propiamente dicho o vulneración de una ley u otro cuerpo normativo de rango legal o sublegal (CSJ/SPA: 26-07-84, en Pierre Tapia, N° 7; Rosito Arbia, 1994; Brewer-Carías, 1997).

El régimen de nulidad establecido en la LOPA específica, en el artículo 19, que el vicio de inconstitucionalidad acarrea la nulidad absoluta de los actos de la Administración Pública, mientras, el vicio de ilegalidad, conforme a los artículos 19 y 20, *ejusdem*, es susceptible de causar la nulidad absoluta o la nulidad relativa (Rondón de Sansó, 1991; Rondón de Sansó, en CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6), respectivamente, de los actos administrativos, en razón de la gravedad y trascendencia de la irregularidad.

2.2. Algunos actos separables

La doctrina jurisprudencial, esgrimida por la desaparecida Corte Suprema de Justicia y el actual Tribunal Supremo de Justicia, permite clasificar los actos separables atendiendo a la oportunidad de su emisión, vale decir, a la etapa de formación o gestación del contrato administrativo y del contrato de administración, y, a la etapa de ejecución o cumplimiento, sólo, del contrato administrativo.

En la etapa de formación, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia califica, de manera expresa, como actos separables del contrato administrativo o contrato de derecho público: el acuerdo contentivo de la revocación del acto autorizatorio de la venta de un terreno propiedad municipal (CSJ/SPA: 26-06-90, en Pierre Tapia, N° 6), las decisiones que fijan la organización y el funcionamiento del servicio, las actuaciones relativas a la habilitación de la autoridad competente para celebrar el contrato, los actos preparatorios concernientes a la formación del vínculo contractual, las medidas de aprobación del contrato, y, las decisiones atinentes a la selección del contratista (CSJ/SPA: 11-04-91, en

Pierre Tapia, N° 4; CSJ/SPA: 26-04-95, en Pierre Tapia, N° 4; VS CSJ/SPA: 06-06-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999).

No obstante, la Sala, de forma implícita, identifica con el carácter de actos desprendibles de un contrato de administración o contrato de derecho privado, las decisiones unilaterales del Concejo Municipal del Distrito Girardot del Estado Aragua, en cuya virtud se desafecta una franja de terreno y se confiere en arrendamiento a la empresa Azulejos Maracay S.A. (CSJ/SPA: 20-07-65, en GF, N° 49); y, además, atribuye el calificativo de acto separable de un contrato administrativo a la decisión mediante la cual el Concejo Municipal del Distrito Bolívar del Estado Anzoátegui resuelve levantar la sanción de la concesión de la buena pro a la empresa urbanizadora Putucual, S.A., para la construcción del Cementerio Parque (CSJ/SPA: 11-08-88, en RDP, N° 36, caso: Urbapsa).

En la etapa de ejecución, el Alto Tribunal únicamente aprecia actos autónomos, desprendibles, independientes o separables en el contrato administrativo, dada la identificación existente entre los citados actos y las decisiones unilaterales de la Administración Pública mediante las cuales se exteriorizan las llamadas cláusulas exorbitantes o potestades administrativas (CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; Tavares Duarte, 1999), privativas del obrar público de aquélla (CSJ/SPA: 22-11-90, en RDP, N° 44; CSJ/SPA: 27-07-95, en Pierre Tapia, N° 7; CSJ/SPA: 18-03-99, en Pierre Tapia, N° 3; Canova González, 1998; Tavares Duarte, 1999).

Así, es posible destacar los siguientes actos separables del contrato administrativo: resolución por cuyo intermedio se rescata o recupera una parcela de terreno ejidal, cedida en venta (CSJ/SPA: 09-05-91, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 03-12-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 25-03-93, en Pierre Tapia, N° 3); acto a través del cual se ordena ejecutar la rescisión de un contrato de arrendamiento (CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 03-12-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999); acuerdo que resuelve de pleno derecho un título enfiteútico (CSJ/SPA: 09-11-93, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999); acuerdo concerniente a la nulidad de la venta de un terreno ejido (CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999); decisión revocatoria o resolutoria de un contrato de concesión (CSJ/SPA: 06-08-98, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 17-02-99, en Pierre Tapia, N° 2); acto mediante el cual se rescinde un contrato de arrendamiento de un lote de ejidos rurales (CSJ/SPA: 05-02-99, en Pierre Tapia, N° 2); y, resolución que aprueba dar en ocupación una parcela de terreno ejidal (TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Santiago Tomás Oliva Acosta).

3. COMPETENCIA JUDICIAL

Constituye reiterada jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el estimar que ante los supuestos de recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, emanados de autoridades estatales o municipales, resultan competentes para conocer en primera instancia, por regla general, conforme al artículo 181 de la LOCSJ⁶, los Tribunales Superiores Civiles con competencia en lo contencioso-administrativo (CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8-9, caso: Cementerio Monumental Carabobo, S.A.; CSJ/SPA: 11-08-88, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 08-03-90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 01-11-90, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 09-11-93, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 05-02-99, en Pierre Tapia, N° 2).

No obstante, cuando la actuación recurrida encuentra su origen en un contrato administrativo, la Sala Político-Administrativa sostiene la imposibilidad de decidir sobre la solicitud de nulidad, sin un previo examen tanto de la naturaleza como del contenido del contrato (CSJ/SPA: 11-08-88, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 08-03-90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 01-11-90, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 09-05-91, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 18-03-93, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 26-05-94, en Pierre Tapia, N° 5).

Las distintas sentencias del Primer Tribunal de la República que, implícita o expresamente, defienden la teoría de la separación, coinciden en sustentar que es la *Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, equivalente a la actual Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia*, el órgano con competencia judicial para conocer y decidir la solicitud de nulidad interpuesta, por el cocontratante o el tercero, contra un acto unilateral de la Administración Pública relativo a un

⁶ «...Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad.

Cuando la acción o el recurso se funde en razones de inconstitucionalidad el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia.

En la tramitación de dichos juicios los Tribunales Superiores aplicarán en sus casos, las normas establecidas en las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II, Título V, de esta Ley.

Contra las decisiones dictadas con arreglo a este artículo, podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, para ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere el artículo 184 de esta Ley».

contrato administrativo, celebrado por la República, los Estados y los Municipios (CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8, caso: Cementerio Monumental Carabobo, S.A.; CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 01-11-90, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 09-05-91, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 18-03-93, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 09-11-93, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 06-05-99, en Pierre Tapia, N° 5; CSJ/SPA: 17-02-99, en Pierre Tapia, N° 2; CSJ/SPA: 06-07-99, en Pierre Tapia, N° 7; TSJ/SPA: 20-01-00, en Pierre Tapia, N° 1; TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Santiago Tomás Oliva Acosta; TSJ/SPA: 29-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Guisepe Scanduzzi Caberlotto).

El fundamento de la aseveración expuesta se encuentra en el artículo 42, ordinal 14, de la LOCSJ, en concordancia con el artículo 43, *ejusdem* (CSJ/SPA: 06-05-99, en Pierre Tapia, N° 5; TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Santiago Tomás Oliva Acosta), dispositivos legales que consagran la competencia de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal para conocer «... de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades».

La amplitud de la norma transcrita (CSJ/SPA: 11-08-88, en RDP, N° 36, caso: Urbapsa; CSJ/SPA: 18-03-93, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 06-05-99, en Pierre Tapia, N° 5) es interpretada por reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa como una cláusula general de competencia, prevista a favor del citado órgano jurisdiccional, para conocer y decidir:

...toda acción intentada, en razón de un contrato administrativo, bien que éste sea el objeto mismo del recurso o bien cuando se impugne una actuación administrativa distinta, pero directamente vinculada a aquél, es decir, con independencia de cual sea el objeto de la acción y, además, con independencia también de la pretensión esgrimida, sea ésta de índole anulatoria, condenatoria, restitutoria o de cualquier naturaleza distinta. (CSJ/SPA: 17-02-99, en Pierre Tapia, N° 2: 161-162).

No obstaculiza, de modo alguno, la competencia de la Sala Político-Administrativa el hecho de que lo sometido a discusión sea un acto administrativo atinente a un contrato de derecho público (CSJ/SPA: 18-03-93, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 30-09-99, en Pierre Tapia, N° 9), pues resulta imposible para un juez pronunciarse con respecto a la validez o anulación del acto, sin que su decisión, anulatoria o confirmatoria, deje de incidir, a su vez, sobre la revocatoria o vigencia, respectivamente, del contrato en el cual se sustenta la actuación impugnada (CSJ/SPA: 08-03-

90, en Pierre Tapia, N° 3; CSJ/SPA: 01-11-90, en Pierre Tapia, N° 11; CSJ/SPA: 18-03-93, en Pierre Tapia, N° 3).

En este sentido se pronuncia la decisión de fecha 13 de marzo de 1997, caso: Comercial Ingra, S.R.L., al establecer que el artículo 42, ordinal 14, de la LOCSJ, en concatenación con el artículo 43, *ejusdem*, reserva al conocimiento de la Sala Político-Administrativa del Primer Tribunal de la República «...todo asunto (de cualquier naturaleza) que tenga que ver con los contratos administrativos, es decir, consagra una especie de universalidad de reserva en relación con los contratos administrativos... independientemente de la naturaleza de la pretensión» (CSJ/SPA: 13-03-97, en Pierre Tapia, N° 3: 101).

Lo anterior permite a Rosito Arbia (1994: 44) afirmar que distintos fallos, emitidos por las desaparecidas Corte Federal y Corte Suprema de Justicia, revelan la existencia de actos administrativos separables, sin embargo, se circunscriben a determinar «...cuestiones de competencia para conocer respecto a tribunales de la misma jurisdicción contencioso-administrativa, estableciendo el criterio de que todo lo que tenga que ver con contratos administrativos debe ser conocido por la Sala Político Administrativa en virtud del art. 42, ord. 14 de la LOCSJ...».

La Corte Suprema de Justicia advierte, sobre el particular, que el acto mediante el cual se levanta la sanción a la concesión de la buena pro, sin haberse suscrito el contrato pertinente (CSJ/SPA: 11-08-88, en RDP, N° 36, caso: Urbapsa); y, la resolución de revocar una decisión previa relativa al futuro otorgamiento de unos contratos de arrendamiento de terrenos ejidos (CSJ/SPA: 06-05-99, en Pierre Tapia, N° 5), configuran actuaciones administrativas previas e independientes de los contratos que pudieren o no celebrarse en el futuro, por consiguiente, deben ser impugnadas atendiendo a lo pautado en el artículo 181 de la LOCSJ y no a lo previsto en los artículos 42, ordinal 14, y 43, *ejusdem*. En otras palabras, son los Tribunales Superiores en lo Civil con competencia contencioso-administrativa los facultados para conocer y resolver las solicitudes de nulidad de actos administrativos dictados sin haberse configurado el contrato administrativo, pues el perfeccionamiento de este último constituye requisito *sine qua non* a fin de que los primeros sean conocidos por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (CSJ/SPA: 11-08-88, en RDP, N° 36, caso: Urbapsa; CSJ/SPA: 06-05-99, en Pierre Tapia, N° 5).

Las precedentes consideraciones resumen el criterio sustentado tanto por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa como por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa, durante los años 1965 y 2000, con relación a las solicitudes de nulidad de los actos

autónomos, desprendibles, independientes o separables, exclusivamente, del contrato administrativo o contrato de derecho público, dado que en ese período la jurisprudencia venezolana no «...resuelve la cuestión de los contratos no administrativos...» (Rosito Arbia, 1994: 45) o de derecho privado de la Administración Pública.

Sin embargo, Duque Corredor, en el voto salvado con respecto al fallo de fecha 1° de noviembre de 1990, al conferir naturaleza privada a un contrato de arrendamiento de terreno ejido, celebrado entre el Municipio Libertador del Estado Monagas y César Teles Meneses, no sólo contraría la doctrina tradicional del Máximo Tribunal caracterizada por atribuir naturaleza administrativa a todo contrato sobre ejidos municipales (CSJ/SPA: 14-06-83, en Pierre Tapia, N° 6; CSJ/SPA: 11-08-88, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 08-08-89, en RDP, N° 39; CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 24-03-94, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 25-01-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 05-02-99, en Pierre Tapia, N° 2; TSJ/SPA: 30-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; TSJ/SPA: 27-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Santiago Tomás Oliva Acosta), sino que, de igual forma, alega la imposibilidad de la Sala Político-Administrativa para conocer del recurso contencioso-administrativo de nulidad interpuesto contra el acto administrativo del Municipio Libertador por cuyo intermedio se rescinde, a título de sanción, ese supuesto contrato de derecho privado, y, declara competente al Tribunal Superior en lo Civil con competencia contencioso-administrativa (VS CSJ/SPA: 01-11-90, en Pierre Tapia, N° 11).

A los fines de profundizar las ideas contenidas en el *supra* citado voto salvado, se considera pertinente hacer referencia al artículo 181 de la LOCSJ, cuyo examen literal conduce a indicar que en los casos de impugnación, por razones de ilegalidad, de actuaciones administrativas separables de un contrato de administración, dictadas por autoridades municipales o estatales, se encuentran facultados para conocer y decidir los Tribunales Superiores Civiles con competencia contencioso-administrativa, mientras que, conforme al primer aparte de la norma, en los supuestos de interposición del recurso de nulidad, fundamentado en razones de inconstitucionalidad, la atribución para conocer, de las tales actuaciones, corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, hoy, Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 4 de abril de 2000 (en Pierre Tapia, N° 4), declara que el primer aparte del artículo 181 de la LOCSJ, al impedir a los Juzgados

Superiores con competencia en lo contencioso-administrativo el conocer y resolver sobre la nulidad de los actos administrativos de carácter general o de carácter particular, cuando se aleguen vicios de inconstitucionalidad, contradice lo previsto en el artículo 259 de la CRBV, el cual atribuye facultades a los Tribunales en lo Contencioso-Administrativo para anular los actos administrativos generales o individuales por contrariedad a derecho, concepto jurídico este que comprende tanto la ilegalidad como la inconstitucionalidad.

En términos de la Sala Constitucional, el referido aparte del artículo 181 de la LOCSJ al regular, de modo temporal, la jurisdicción contencioso-administrativa, discrepa de la verdadera intención del legislador, caracterizada por desconcentrar las competencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte; y, por acercar la justicia a los ciudadanos, principalmente, ante la existencia de conflictos entre ellos y los entes estadales y municipales (TSJ/SC: 04-04-00, en Pierre Tapia, N° 4).

En definitiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estima que la norma contenida en el tantas veces mencionado primer aparte del artículo 181 de la LOCSJ es contraria a la CRBV, y, por consiguiente, en ejercicio de las potestades consagradas en el artículo 334, *ejusdem*, declara su inaplicabilidad:

...por ser inconstitucional, al enfrentar de manera incontestable la disposición establecida en el segundo aparte del artículo 259 de la Constitución, en cuanto sustrae a los tribunales contencioso-administrativos distintos a la Sala Político-Administrativa ... la competencia que le fue otorgada por la propia Constitución para conocer de la nulidad de los actos administrativos (generales o particulares) contrarios a Derecho. (TSJ/SC: 04-04-00, en Pierre Tapia, N° 4: 241).

La referencia al artículo 181 de la LOCSJ y al fallo de la Sala Constitucional del 4 de abril de 2000 conlleva a recalcar que son los *Tribunales Superiores Civiles con competencia contencioso-administrativa* los responsables de conocer las solicitudes de nulidad, por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad, de los actos administrativos, emitidos por autoridades estadales o municipales, separables del contrato de derecho privado de la Administración Pública.

Resta por determinar el órgano con competencia judicial en lo atinente a las decisiones administrativas unilaterales, de autoridades nacionales, separables del contrato de administración. Así, constituye la *Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, actual Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia*, el órgano competente para conocer del recurso de nulidad ejercido contra actos administrativos separables, emanados de las máximas autoridades en el ámbi-

to nacional, de conformidad con el artículo 42, ordinales 10 (TSJ/SPA: 29-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000, caso: Entidad Nacional Deportiva, C.A.), 11 y 12, de la LOCSJ, y el artículo 43, *ejusdem*; y, es la *Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo* el tribunal facultado para conocer, de manera residual, del recurso contencioso-administrativo de anulación interpuesto contra actos administrativos desprendibles, dictados por autoridades diferentes a las señaladas en los precitados ordinales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 185, ordinal 3°, de la LOCSJ.

4. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

El ordenamiento jurídico confiere a los particulares medios o recursos para atacar las decisiones unilaterales de la Administración Pública contrarias a derecho o al interés general, cuyo ejercicio origina el denominado «... procedimiento de impugnación de los actos administrativos» (Brewer-Carías, 1997: 325).

El referido procedimiento, en términos de Brewer-Carías (1997), comprende, por una parte, el procedimiento administrativo de impugnación, desarrollado ante la propia Administración Pública, con motivo de la interposición de los recursos previstos en la LOPA; y, por la otra, el procedimiento jurisdiccional de impugnación, tramitado por ante los Tribunales Contencioso-Administrativos (CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999), conforme a lo pautado en el artículo 259 de la CRBV y en la normativa de la LOCSJ.

El examen de la jurisprudencia patria con respecto a la naturaleza jurídica de los actos autónomos, desprendibles, independientes o separables del contrato administrativo y del contrato de administración, induce a afirmar que su control de legalidad *lato sensu* no difiere del regulado para las decisiones administrativas unilaterales, tanto en sede interna o administrativa como en sede judicial o contencioso-administrativa (CSJ/SPA: 26-06-90, en Pierre Tapia, N° 6; CSJ/SPA: 19-03-96, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; TSJ/SPA: 30-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000).

4.1. En vía administrativa

La Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 3 de mayo de 2000, caso: Inversora Mael, C.A. (en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000), expone, con arreglo a ciertas disposiciones consagradas en la LOPA, que la contrariedad a derecho de los actos administrativos, y, por ende, de los actos separables de los contratos

de la Administración Pública, es controlada en vía administrativa de dos formas, a saber, de oficio y a instancia de parte interesada.

El *control de oficio* constituye una consecuencia de la autotutela administrativa y se manifiesta mediante el ejercicio «... de las potestades de convalidación, revocatoria, declaratoria de nulidad y corrección de errores materiales o de cálculos ...» (TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000: 33), contempladas en los artículos 81, 82, 83 y 84 de la LOPA.

El *control a solicitud de parte interesada*, sobre los actos separables, se desarrolla en virtud de la interposición de los recursos de reconsideración y jerárquico, consagrados en los artículos 94 y 95 de la LOPA, respectivamente (TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; TSJ/SPA: 30-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000).

4.2. En vía contencioso-administrativa

La vía contencioso-administrativa, en términos de los artículos 92 y 93 de la LOPA, se apertura cuando interpuestos los recursos que agotan la vía administrativa, vale decir, el recurso de reconsideración o el recurso jerárquico, los mismos resultan decididos en sentido contrario al solicitado, o, no se produce decisión alguna en los plazos correspondientes.

Una vez abierta la vía judicial o contencioso-administrativa el ciudadano Juan Riverola Acabán, en su carácter de cocontratante de la Administración Pública, el día 4 de junio de 1987, demanda ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia la nulidad de la Resolución 003, dictada por la Gobernación del Territorio Federal Amazonas, hoy Estado Amazonas, mediante la cual se ordena la ejecución de la rescisión del contrato administrativo suscrito entre ambos (CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999).

La Sala Político-Administrativa, en el fallo del 30 de mayo de 1991, al analizar la demanda de nulidad, interpuesta por Juan Riverola Acabán, contra «...un acto separable...», especifica que la tramitación de aquélla debe desarrollarse conforme a «...la Sección Tercera del Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia...» (CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999: 857).

De tal forma, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia indica que para atacar los actos desprendibles o separables, es necesario seguir el procedimiento preceptuado en los artículos 121 y siguientes de la LOCSJ, en otras palabras, el *procedimiento de los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares*.

Idéntico criterio se aprecia en la sentencia del día 3 de mayo de 2000, caso: Inversora Mael, C.A., emitida por la novísima Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pues luego de transcribir literalmente algunas de las máximas expuestas en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de junio de 1998, caso: Inversiones Carnegie, C.A., no sólo establece que en esta última oportunidad la desaparecida Sala Político-Administrativa reconoce como «...procedimiento a seguir en Venezuela ... para la impugnación de los actos separables... el de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares...» (CSJ/SPA: 11-06-98, en TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000: 21), sino que, también, pronuncia su conformidad al respecto (TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000).

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al esgrimir el criterio esbozado, nada distinguen, sobre si el recurrente es una parte contratante o un tercero no adjudicatario, ni tampoco, con relación a la naturaleza pública o privada del contrato que se encuentra en el origen de la actuación atacada, muy a pesar, que las decisiones bajo análisis, concernientes a los casos Juan Riverola Acabán e Inversora Mael, C.A., versan sobre la impugnación, intentada por el cocontratante, contra un acto separable de un contrato de derecho público de la Administración Pública.

La ausencia de distingos, por parte del Alto Tribunal de la República, en cuanto a las personas legitimadas para impugnar las decisiones administrativas unilaterales susceptibles de «...ser aisladas de la conclusión ... del contrato en el conjunto del procedimiento contractual...» (CSJ/SPA: 26-09-90, en Pierre Tapia, N° 9: 41; CSJ/SPA: 11-06-98, en Pierre Tapia, N° 6: 67), lejos de significar la exclusión de los terceros debe ser entendida como comprensiva de los mismos, por cuanto lo contrario equivale a desconocer una de las principales ventajas atribuidas a la teoría de los *actes détachables*, ello es, el ensanche de la esfera de los facultados para recurrir, en comparación con la teoría del *tout indivisible*.

La legitimación de los terceros no adjudicatarios, para atacar los actos separables, es aceptada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en doctrina jurisprudencial de vieja data. Sobre el particular, la Sala, en el fallo del 20 de julio de 1965, conoce y decide del recurso por exceso de poder, equivalente al actual recurso contencioso-administrativo de nulidad, previsto en el artículo 7, ordinal 9ª, de la derogada Ley Orgánica de la Corte Federal, interpuesto por dos terceros, Luis Antonio Leal y Juan Reinsenbüchler, contra la decisión del Concejo

Municipal del entonces Distrito Girardot del Estado Aragua, determinante de la celebración de un contrato de derecho privado entre el citado Concejo y Azulejos Maracay, S.A. (CSJ/SPA: 20-07-65, en GF, N° 49).

Ahora bien, la no distinción en las sentencias del Primer Tribunal, de fechas 30 de mayo de 1991 y 3 de mayo de 2000, sobre el carácter público o privado del contrato de la Administración Pública respecto del cual es posible predicar la existencia de actos autónomos, desprendibles, independientes o separables, debe ser interpretada con arreglo a la concepción venezolana de la separación, que, por imitación de la jurisprudencia y la doctrina francesas, abarca al contrato administrativo (CSJ/SPA: 11-08-88, en Pierre Tapia, N° 8-9, caso: Cementerio Monumental Carabobo, S.A.; CSJ/SPA: 11-08-88, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999, caso: Mito Juan, C.A.; CSJ/SPA: 30-05-91, en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999; CSJ/SPA: 03-12-91, en Pierre Tapia, N° 12; CSJ/SPA: 24-09-98, en Pierre Tapia, N° 9; CSJ/SPA: 18-03-99, en Pierre Tapia, N° 3; TSJ/SPA: 20-01-00, en Pierre Tapia, N° 1; TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000; TSJ/SPA: 30-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000) y al contrato de administración (CSJ/SPA: 20-07-65, en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, 1996).

Resulta imposible culminar el examen relativo al procedimiento de impugnación, en sede judicial o contencioso-administrativa, de los actos separables, sin aludir al artículo 111 de la LOCSJ, ubicado en su Título V, Capítulo II, Sección Primera (TSJ/SPA: 13-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000), el cual preceptúa:

...Se tramitarán y sustanciarán conforme a las disposiciones de esta Sección, las demandas de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública, intentadas por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo ...

La imposibilidad en cuestión, según Iribarren Monteverde (1991), Rosito Arbia (1994) y Leal Wilhelm (1997), obedece a que el precepto transcrito se encuentra en total consonancia con el sentido y alcance de la teoría de los actos separables. No obstante, sólo Rosito Arbia (1991: 41) profundiza en torno al asunto, enfatizando que la previsión normativa contemplada en el artículo 111 de la LOCSJ,

...al permitir la posibilidad de impugnación del contrato a los terceros ajenos a la relación contractual, vendría a satisfacer uno de los objetivos primordiales de dicha teoría. Por otro lado, al no distinguir entre contratos administrativos y contratos civiles celebrados por la Administración ... le estaría abriendo la puerta a la jurisdicción contencioso-administrativa a los contratos de Derecho Civil, en lo que respecta a su fase

de formación. Por último, establece claramente la nulidad del contrato como consecuencia de la acción.

Especifica el prenombrado autor (1994) que el artículo 111 de la LOCSJ confiere legitimidad a los terceros ajenos al vínculo contractual, dotados de interés legítimo, personal y directo, para solicitar la nulidad de un contrato de derecho público⁷ o un contrato de derecho privado de la Administración Pública, con fundamento en los vicios tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad de los actos administrativos precontractuales o previos al perfeccionamiento de aquéllos, siguiendo el procedimiento de las demandas en las cuales sea parte la República.

Algunas de las anteriores ideas, explanadas por la doctrina nacional, requieren ser precisadas conforme a las máximas desarrolladas en los fallos: Mueblería La Victoria, S.R.L., Delicatesses El Callao, C.A., e, Inversora Mael, C.A., emitidos por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Politicoadministrativa, respectivamente.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 8 de agosto de 1989, caso: Mueblería La Victoria, S.R.L. (en RDP, N° 39), al decidir la impugnación por vía de nulidad de un acto bilateral de la Administración Pública, reconoce que el principio general de legitimidad para accionar en materia de contratación resulta aplicable al contrato administrativo y, dado ese carácter general, al contrato de administración.

De acuerdo al citado principio, la Sala argumenta que las cuestiones de cualquier naturaleza suscitadas con motivo de la nulidad del contrato administrativo, sólo pueden ser planteadas por las partes intervinientes en la relación contractual, ello es, «... el ente público o el particular (o su causahabiente) con quien se hubiese celebrado el correspondiente contrato, pues a falta de norma expresa en contrario, quien es ajeno a un contrato no puede pretender discutir su interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución ...» (CSJ/SPA: 08-08-89, en RDP, N° 39: 153). En definitiva, el tercero no adjudicatario, por regla general, carece de cualidad para originar un conflicto judicial con relación al contrato respecto del cual constituye una persona extraña (CSJ/SPA: 08-08-89, en RDP, N° 39; Araujo Juárez, 1996).

⁷ Una tesis distinta es defendida por Rondón de Sansó, para quien el contrato de derecho público o contrato administrativo es una figura excepcional, y, en consecuencia, no puede interpretarse como incluida en el supuesto del artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Véase Rondón de Sansó, 1991.

Sin embargo, el Primer Tribunal aclara, con basamento en el tantas veces mencionado artículo 111 de la LOCSJ, la excepción al anterior principio, y, por consiguiente, afirma que los terceros ajenos al vínculo contractual, pero titulares de un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo, se encuentran legitimados para impugnar, con arreglo al *procedimiento de las demandas en que sea parte la República*, los contratos o las convenciones celebradas por la Administración Pública (CSJ/SPA: 08-08-89, en RDP, N° 39).

De conformidad con la sentencia del 5 de octubre de 1994, caso: Delicatases El Callao, C.A., dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (en Ortiz Álvarez y Mascetti, 1999), y, la decisión del 3 de mayo de 2000, caso: Inversora Mael, C.A., pronunciada por la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000), el procedimiento a seguir ante la presencia del supuesto encuadrado en el dispositivo del artículo 111 es el regulado por la Sección Primera, Capítulo II, Título V de la LOCSJ, vale decir, el procedimiento ordinario de las demandas contra la República (Rondón de Sansó, 1993) o «...contencioso de los derechos...» (Araujo Juárez, 1996: 450).

La naturaleza anómala y excepcional del indicado dispositivo legal, en palabras de la Sala Políticoadministrativa, deriva, más que de la remisión al procedimiento ordinario, del reconocimiento a favor de un tercero extraño a la relación contractual para atacar su nulidad por vía principal, cuestión esta relacionada «...con el surgimiento de la llamada teoría de los actos separables...» (TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000: 32; TSJ/SPA: 03-05-00, en TSJ/SPA: 13-06-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000: 8).

La circunstancia de que la decisión de la Sala, de fecha 3 de mayo de 2000, versa sobre contratos de concesión para la explotación de oro y/o diamante, la induce a recalcar que el tercero puede demandar la nulidad de los contratos administrativos, aduciendo vicios de los actos separables o causas del derecho civil (TSJ/SPA: 03-05-00, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>, 2000), no obstante, nada impide la aplicación extensiva del presente criterio a los contratos de derecho privado o contratos de administración.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La recepción en el derecho público venezolano de la teoría de los actos separables o teoría de la separación entre los actos administrativos y los contratos de la Administración Pública se aprecia, esencialmente, en una

diversidad de fallos pronunciados, durante el período comprendido entre los años 1965 y 2000, por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa y, su equivalente, el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Políticoadministrativa. Los criterios explanados en los señalados fallos presentan un precario tratamiento por parte de la doctrina y carecen de consagración expresa en la legislación.

El análisis de la tradición jurisprudencial patria revela que la teoría de la separación es una solución acertada, a los fines de explicar la naturaleza de la relación jurídica existente entre los actos administrativos anteriores y posteriores a la celebración de los contratos de la Administración Pública y dichos contratos.

Esta afirmación se sustenta en tres razones fundamentales: la transmisión de elementos entre los actos administrativos y los contratos de la Administración Pública; la facultad reconocida al cocontratante y a los terceros u oferentes no adjudicatarios para atacar, independientemente, tanto las decisiones administrativas unilaterales como el contrato administrativo o de derecho público y el contrato de administración o de derecho privado; y, la impugnación de los actos administrativos anteriores y posteriores conforme a lo pautado en la Sección Tercera, Capítulo II, Título V de la LOCSJ, ello es, siguiendo el procedimiento de los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, y, la impugnación de los contratos con arreglo a lo contemplado en la Sección Primera, Capítulo II, Título V, *ejusdem*, vale decir, siguiendo el procedimiento de las demandas en que sea parte la República.

Los atributos de la teoría de la separación permiten apreciarla como una alternativa a ser consagrada y desarrollada en una Ley de Contratos de la Administración Pública, con el objeto de suprimir, de forma definitiva, el vacío normativo en cuanto a la naturaleza de la relación jurídica existente entre: los actos administrativos dictados en las etapas precontractual y contractual y el contrato administrativo; y, los actos administrativos emitidos en la etapa precontractual y el contrato de administración. La sugerida base legal se constituye, así, en el instrumento destinado a regular la elaboración de contratos de la Administración Pública garantes del derecho de controlar, por parte del cocontratante y de los terceros, las decisiones administrativas unilaterales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO JUÁREZ, José (1991) «El Procedimiento Administrativo y los Contratos de la Administración». En Fundación Procuraduría General de la República. *Régimen Jurídico*

- dico de los Contratos Administrativos*. Caracas, Fundación Procuraduría General de la República.
- (1996) *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- Asamblea Nacional Constituyente (1999) *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860. 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario. 24 de marzo de 2000.
- BREWER-CARIAS, Allan Randolph (1985) *Las Constituciones de Venezuela*. Madrid, Universidad Católica del Táchira, Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1997) *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIAS, Allan Randolph y CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina (1994) *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIAS, Allan Randolph y ORTIZ ÁLVAREZ, Luis (compiladores) (1996) *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio (1998) *Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano*. Caracas, Editorial Sherwood.
- Congreso Nacional (1976) *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.893 Extraordinario. 30 de julio de 1976.
- (1981) *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario. 1° de julio de 1981.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa (1965) *Gaceta Forense*. N° 49. Segunda Etapa, Tercer Trimestre. Sentencia del 20 de julio de 1965. Caso: Luis Antonio Leal y Juan Reinsenbüchler contra Concejo Municipal del Distrito Girardot del Estado Aragua.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (1998) *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Civitas.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1987) *La Nulidad de los Actos Administrativos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1998) *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II, Madrid, Editorial Civitas.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1992) *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Madrid, Editorial Tecnos.
- IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique (1991) «El Contencioso de los Contratos Administrativos». En Fundación Procuraduría General de la República. *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Caracas, Fundación Procuraduría General de la República.
- LEAL WILHELM, Salvador (1997) *Teoría del Acto Administrativo*. Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- ORTIZ ÁLVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna (compiladores) (1999) *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*. Caracas, Editorial Sherwood.
- PIERRE TAPIA, Oscar (compilador) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*. Caracas, Editorial Jurídica Pierre Tapia: Año 1983, Tomo 6. Año 1984, Tomo 7. Año 1988, Tomo 8-9. Año 1990, Tomos 3, 6, 9, 11. Año 1991, Tomos 4, 5, 12. Año 1993, Tomos 3, 11. Año 1994, Tomo 5. Año 1995, Tomos

- 4, 7. Año 1997, Tomo 3. Año 1998, Tomos 6, 9, 10. Año 1999, Tomos 2, 3, 5, 7, 9. Año 2000, Tomos 1, 4.
- RAMOS FERNÁNDEZ, Mary (compiladora) *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. Año 1988, Nº 36. Año 1989, Nº 39. Año 1990, Nº 44.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard (1991) «La Acción de Nulidad Contractual prevista en el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La Acción del Tercero Contractual». En Fundación Procuraduría General de la República. *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Caracas, Fundación Procuraduría General de la República.
- (1993) «Medios de Proceder por la Vía Contencioso-Administrativa». En Moles Caubet y otros. *Contencioso Administrativo en Venezuela*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- ROSITO ARBIA, Guisepp (1994) «La Teoría de los Actos Separables en el Derecho Administrativo Venezolano». *Revista de Derecho Público*. Nº 59-60. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- TAVARES DUARTE, Fabiola del Valle (1999) «Servicio Público y Contrato Administrativo». En ARAUJO JUÁREZ, José (coordinador). *Servicio Público. Balance & Perspectiva*. Caracas, Vadell Hermanos Editores.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Politicoadministrativa (2000) Sentencia del 3 de mayo de 2000. Caso: Inversora Mael, C.A. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 30 de mayo de 2000. Caso: Nuhad Jamil Abousaid contra Cámara Municipal de la Alcaldía del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 6 de junio de 2000. Caso: Constructora Pedeca, C.A. contra Gobernación del Estado Anzoátegui. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 13 de junio de 2000. Caso: Pedro Segundo Ramírez contra Cámara Municipal del Distrito Iribarren del Estado Lara. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 27 de junio de 2000. Caso: Santiago Tomás Oliva Acosta contra Concejo Municipal del Municipio Turén del Estado Portuguesa. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 29 de junio de 2000. Caso: Entidad Nacional Deportiva, C.A. contra Concejo Municipal del Distrito Iribarren del Estado Lara. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2000) Sentencia del 29 de junio de 2000. Caso: Giuseppe Scanduzzi Caberlotto contra Concejo Municipal del Municipio Peñalver del Estado Anzoátegui. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

El sentido del vocablo *empresa* utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS*

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

LAS PRESENTES NOTAS están referidas a la extensión y alcance del artículo 119 (numeral 2º) del Decreto con rango y fuerza de Ley del Servicio Eléctrico publicado en la Gaceta Oficial N° 36.791 de la República de Venezuela el 21 de septiembre de 1999, de ahora en adelante referido como la Ley del Servicio Eléctrico.

Concretamente, se persigue arrojar alguna luz sobre la significación del vocablo «empresa» utilizado en el precitado dispositivo legal, así como determinar si es procedente utilizar un criterio de «grupo económico» o de «empresas vinculadas», a los efectos de excluir del proceso de privatización de una empresa eléctrica a una empresa vinculada a otra que no participe en dicho proceso cuando el porcentaje de cobertura de mercado de esta última, sumado al de la que es objeto de privatización, excede los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

A los fines de nuestro análisis, es necesario, en primer término —siquiera en forma sumaria— abordar el tema de la existencia jurídica independiente de las empresas matriz y filial o subsidiaria, así como determinar la relevancia que debe asignarse en esta materia a las interrelaciones entre las empresas que conforman un grupo económico. En segundo lugar, se impone poner de relieve las correspondencias y correlaciones que existen entre el dispositivo contenido en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley sobre el Servicio Eléctrico y las disposiciones legales y normativas que

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila.

conforman el régimen legal de la libre competencia, a los efectos de la correlación y aplicación concordada de la precitada ley con las disposiciones contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y sus Reglamentos, para postular, de esta forma, una correcta y adecuada interpretación de los textos legales.

II. EL PRINCIPIO GENERAL: LAS COMPAÑÍAS CONSTITUYEN PERSONAS JURÍDICAS DISTINTAS DE LOS SOCIOS

I. Planteamiento del problema en la Ley del Servicio Eléctrico

El artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico establece:

Los límites de cobertura de mercado a los que se refiere esta Ley, serán los que se indican a continuación, hasta tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica establezca otros valores, tomando en consideración la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia:

1. Veinticinco por ciento (25%) de la capacidad instalada de generación total nacional disponible, en el caso de empresas propietarias de instalaciones de generación termoeléctrica;
2. Veinticinco por ciento (25%) del total nacional de energía facturada, en el caso de empresas de distribución;
3. Hasta quince por ciento (15%) del total nacional de energía facturada a ser comercializada por todas las empresas comercializadoras especializadas. Una empresa comercializadora no podrá tener más del veinte por ciento (20%) de ese mercado.

Esta disposición legal plantea el problema de si el término «empresa» utilizado en dicha norma lo es en sentido jurídico, es decir, como entidad jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio e independiente, o si este término alude a un concepto económico de empresa, esto es, como unidad desde el punto de vista económico.

2. Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de los socios

La sociedad anónima es un sujeto de derecho distinto a sus socios. No obstante, se admite, en esta materia, que muchas veces pueden presentarse situaciones antagónicas entre la consideración jurídica y el aspecto económico cuando determinadas sociedades filiales o relacionadas entre sí son más bien una apariencia jurídica puesto que si bien desde el punto de vista formal se quiere establecer dos sociedades distintas, ellas constituyen, en realidad, desde el punto de vista económico, una sola empresa; lo que determina que la unión económica existente entre ellas o su

pertenencia a un mismo grupo económico tiene que tener repercusiones en el campo jurídico (GARRÍGUES, Joaquín: «Curso de Derecho Mercantil», Tomo 1, Madrid 1968, pp. 512-513).

Ahora bien, en Venezuela, el principio general que rige en esta materia es el de la existencia jurídica independiente de las empresas matriz y filial, a pesar de los vínculos económicos existentes entre ellas. Este principio aparece consagrado legalmente en el artículo 201 del Código de Comercio según el cual «...Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios...», lo que significa que, como principio de carácter general, la persona jurídica no puede confundirse con las de sus socios o accionistas. Así, cada sociedad con su propia personalidad jurídica está separada del resto de las sociedades.

3. Algunas decisiones jurisprudenciales

La existencia jurídica independiente y separada de la sociedad matriz respecto de sus sociedades filiales y afiliadas ha sido reconocida expresamente en decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en el caso Loffland Brothers dejó establecido que:

Bien es verdad que, en lo económico, la compañía Loffland Brothers de Venezuela C.A. puede tenerse como una «filial» o «subsidiaria» de la Loffland Brothers of Venezuela Inc. (constituida y domiciliada en Tulsa, Estado de Oklahoma, Estados Unidos de Norte América), pero jurídicamente son DOS PERSONAS DISTINTAS, pues en Venezuela —y en el ámbito legal— la persona jurídica no puede confundirse con la de sus socios o accionistas, tal como lo dispone el primer aparte del artículo 201 del Código de Comercio venezolano, según el cual: «Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios», esto es, la empresa constituida en Venezuela en 1947 —que es la contribuyente a la que se le expiden las planillas de impuesto y multas por sus actividades de los años 73, 74, 75 y 76— es una persona completamente distinta de su principal accionista; y por eso, legalmente no puede decirse —como señala la Administración y el tribunal *a-quo*— que es una «unidad económica» a través de la cual la accionista realiza una actividad económica. En lo económico, en lo financiero y en lo operacional, la tesis sostenida por la Administración es correcta, pero no así en el ámbito legal, en lo estrictamente jurídico, pues para la ley venezolana —artículo 201 del Código de Comercio— una persona es Loffland Brothers of Venezuela Inc. y otra, muy distinta, es Loffland Brothers de Venezuela C.A., aquella compañía constituida y domiciliada en Venezuela, y es la que realizó la actividad objeto del impuesto. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 130, p. 474).

Luego, en sentencia de fecha 17 de julio de 1986, para desechar un reparo fiscal formulado por la Administración fiscal, la Sala Política Adminis-

trativa de la antigua Corte Suprema de Justicia reiteró su criterio en los siguientes términos:

En el caso de autos, consta en el expediente, y por lo demás no constituye objeto de controversia en esta instancia, que la empresa Baroid de Venezuela S.A. es una sociedad constituida y domiciliada en Venezuela y que sus acciones nominativas pertenecen en un 92,16% a la empresa extranjera N.L. Industries Inc., constituida y domiciliada en la ciudad de Nueva York. Por consiguiente, se trata de dos personas jurídicas distintas, aun cuando desde el punto de vista económico, financiero o patrimonial estén estrechamente vinculadas, pues una de ellas es la propietaria de la mayoría de las acciones de la otra, pero ello no autoriza para que jurídicamente pueda calificársela de agencia o sucursal de la empresa extranjera a la que pertenecen mayoritariamente sus acciones. La circunstancia de que una empresa sea propietaria de la mayoría de las acciones de otra empresa, no significa que esta última sea una agencia o sucursal de la primera, «pues las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios», tal como expresamente lo señala el artículo 201 del Código de Comercio venezolano. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 133, p. 188).

Asimismo, fue decidido por nuestro Supremo Tribunal en el caso Otis Engineering International C.A en fecha 8 de octubre de 1987 lo siguiente:

Consta en el expediente y además no ha constituido objeto de controversia en ninguna de las instancias, que la empresa «Otis Engineering International C.A.» es una sociedad mercantil constituida en Venezuela y que sus acciones nominativas pertenecen en un 99.48% a la empresa extranjera «Otis Engineering Corporation» (Delaware). Se trata, pues, de dos personas jurídicas distintas, aun cuando en lo económico, financiero o patrimonial estén estrechamente vinculadas, y el hecho de que la empresa extranjera sea propietaria de la mayoría de las acciones de la empresa nacional, no significa que esta última sea una agencia, sucursal u otra unidad económica de explotación de la primera, ya que en Venezuela y en el ámbito legal, la persona jurídica no puede confundirse con la de sus socios o accionistas, a tenor de lo dispuesto por el artículo 201 del Código de Comercio. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo 138, p. 222).

En fin, ha sido doctrina pacífica y reiterada de nuestro Supremo Tribunal que las personas jurídicas y, concretamente, las compañías anónimas son sujetos de derecho distintos a sus socios y que, como tales:

...gozan por regla general de capacidad plena para el ejercicio de los derechos civiles de orden patrimonial según su objeto y que esa capacidad puede ejercerse así en lo judicial como en lo extrajudicial por medio de sus órganos, que no son incidentales sino inmanentes en el ente moral. (Gaceta Forense, Segunda Etapa, Tomo 9, p. 84).

Luis Guillermo Govea, al analizar el tema de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y su tratamiento por la jurisprudencia nacional señala que:

Contra todas las tentativas de los jueces de mérito de «penetrar» la personalidad jurídica a objeto de establecer la realidad entre los sujetos que la forman y atribuirles otros efectos al pacto social, reiteradamente nuestro Alto Tribunal ha rechazado semejantes fallos. (GOVEA URDANETA (h), Luis Guillermo: *Las Grandes Decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Mercantil* (1935-1992), Tercera Edición, Editorial Jurivensa, Caracas-Maracaibo 1992, p. 79).

4. El problema de la comunicación de la responsabilidad entre la sociedad matriz y sus filiales o subsidiarias en la legislación venezolana

No se acepta en la legislación venezolana la comunicación de la responsabilidad entre la sociedad matriz y las filiales o subsidiarias, por lo que se reconoce, como principio de carácter general, que la empresa matriz no es responsable por las deudas de sus filiales o subsidiarias.

Quizás por ello los Tribunales de la República, cuando han concedido el estado de atraso o declarado la quiebra de una sociedad anónima, que constituyen procedimientos de liquidación colectiva del comerciante para la cancelación de sus pasivos, en ningún caso han extendido los efectos de la declaración de quiebra o del beneficio de atraso de la sociedad «matriz» a las filiales o subsidiarias de la fallida o de la empresa a la que se le haya acordado el beneficio de atraso. *Por vía de excepción*, el artículo 954 del Código de Comercio prescribe que «cuando la quiebra fuere de compañía en que haya socios solidariamente responsables, se pondrán los sellos no solamente en los establecimientos mercantiles sino también en el domicilio de cada uno de ellos, pero sin incluir los vestidos y el menaje necesario para el uso del socio y su familia».

Igualmente, *por vía de excepción*, el artículo 17 de la Ley de Regulación Financiera establece que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) acordará la intervención de las empresas relacionadas con las instituciones financieras que sean objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilios o asistencia financiera, o respecto de las cuales se haya establecido un mecanismo de transferencia de depósitos. En esta misma disposición legal se establece que podrá considerarse deudor a la persona o entidad que ejerza, directa o indirectamente, la administración o posea la mayor proporción del capital social de una empresa vinculada o relacionada con un banco o institución financiera; con lo cual, por vía de ex-

cepción, se consagra legalmente, a estos efectos, la comunicación de la responsabilidad entre una sociedad y otra. Y el artículo 15 *ejusdem* define lo que se entiende por empresas relacionadas, a estos efectos.

Pero, se insiste, en la Ley venezolana no se admite, como *principio de carácter general*, la teoría que afirma la unidad jurídica entre la sociedad matriz y las sociedades filiales o subsidiarias ni se reconoce, en principio, que la pertenencia a un «grupo económico o de empresas» determine la desaparición de la personalidad jurídica y del patrimonio autónomo, que corresponde a cada una de las entidades que conforman el respectivo grupo de empresas. (En el mismo sentido, véase: PARRA ARANGUREN, Gonzalo en: *Acciones en Tesorería, Varios Dictámenes*, Caracas 1991, página 38 del dictamen correspondiente a este autor. La cita se hace a propósitos referenciales, sin vinculación con el tema particular del dictamen del doctor Parra Aranguren y de la obra donde aparece inserto).

5. Las nuevas tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas y la doctrina del fraude a la ley

Las diversas legislaciones modernas, así como también la doctrina jurídica en general y la jurisprudencia extranjera (pues en Venezuela existen muy pocas decisiones judiciales sobre la materia) han desarrollado la teoría del abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima y la doctrina del fraude a la ley.

De acuerdo con la teoría del abuso de la personalidad jurídica, cuando mediante la utilización de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros, el juez puede prescindir de la estructura formal de la persona jurídica para penetrar en el sustrato personal o real que la constituye con el objeto de llegar hasta las personas individuales que se ocultan detrás de la persona jurídica (SERICK, Rolf: *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios por José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 242 y ss.). Desde esta perspectiva, la jurisprudencia argentina, en forma reiterada, ha señalado que la personalidad jurídica no puede amparar los actos ejecutados en fraude a la ley.

Según la doctrina del fraude a la ley, los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Sobre este aspecto el gran mercantilista español Fernando Sánchez Calero ha señalado cómo la jurisprudencia española utiliza la teoría del abuso de la personalidad jurídica o del levantamiento del velo corporativo para penetrar en el *substratum personae* de las sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica, para evitar que so pretexto de la ficción de la creación de una personalidad jurídica se legitimen situaciones abusivas o fraudulentas. Para ello la jurisprudencia española se basa en tres principios: (a) en casos de actos ejecutados en fraude a la ley puede descorsarse el velo corporativo para penetrar en el interior de las personas jurídicas; (b) los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y; (c) la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo en daño ajeno o de los derechos de los demás (SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Madrid 1997, p. 229).

En Venezuela, en algunas decisiones judiciales se comienza a dar cabida, aunque tímidamente y en forma parcial y fragmentaria, a la doctrina del abuso de las formas jurídicas (véase la sentencia de la Sala Político Administrativa (Especial Tributaria I), de la antigua Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Jaime Parra Pérez, transcrita, en su parte pertinente, más adelante y publicada en la Jurisprudencia Venezolana de Ramírez & Garay, Tomo CLI, febrero-1999, pp. 491-492).

En la doctrina nacional, Arvelo Villamizar postula que «una conducta tendente a crear una persona jurídica con el sólo fin de producir un fraude a la legalidad, a convenios o a terceros, no es más que un abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial sobre todos los haberes del protagonista, que nunca será la persona jurídica creada para fines ilícitos, sino su creador, generalmente el accionista o socio del negocio» (ARVELO VILLAMIZAR, Roquefélix: *La Teoría del Velo Corporativo y su aplicación en el Derecho Venezolano*. Aspectos Tributarios. Ediciones Liber, Caracas 1999, p. 12). Luis Ignacio Zerpa, al referirse al abuso en la utilización de la personalidad jurídica, postula que se debe «evitar las soluciones simplistas a que conducen, con evidente facilidad, los enfoques formalistas y las limitaciones del pensamiento jurídico meramente legalista» (ZERPA, Luis Ignacio: «El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima» en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, N° 116, p. 81).

En Venezuela, se reconoce así que la relación de control, excepcionalmente, puede llevar a la pérdida de la personalidad jurídica si ésta tiene como propósito soslayar fraudulentamente la aplicación de normas jurídicas imperativas o prohibitivas. En este caso, el contrato de sociedad sería nulo

por fraude a la ley (MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983, p. 626, y Capítulo XXXV).

En la doctrina administrativa, ya en el año 1990, en el sonado caso del Banco de Venezuela, la Comisión Nacional de Valores, estimó particularmente relevantes, en el caso concreto, a los fines de la aplicación de las disposiciones legales contenidas en la Ley de Mercado de Capitales sobre acciones en tesorería, las relaciones existentes entre diversas empresas vinculadas al Banco de Venezuela que habían adquirido acciones de ese instituto bancario, sin haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos en los artículos 43 y siguientes de la Ley de Mercado de Capitales de 1975. En tal sentido, la Comisión Nacional de Valores, mediante Resolución N° 284-90 de fecha 26 de octubre de 1990 dejó establecido que:

a) Tolerar la adquisición de las acciones propias mediante la utilización con estos fines, de empresas con personalidad jurídica propia pero íntimamente relacionadas entre sí por vínculos de coordinación o colaboración o por una unidad de dirección y una afinidad común, es decir, cuando las mismas integran una unidad económica, harían nugatoria la provisión y frustraría los planes y propósitos del ordenamiento regular del mercado de capitales. En otras palabras, sólo una interpretación lógica, racional, funcional y económica de la norma y que atienda a su *ratio juris* y a la finalidad teleológica de la misma asegura la utilidad de la prohibición y cierra las puertas al empleo de toda clase de medios que permitiría burlar el propósito perseguido por la ley, lo contrario no se compecede con la adecuación de una empresa Saica a su misión esencial de constituirse en un instrumento eficaz de canalización del ahorro hacia el sector productivo y de acceso creciente de grandes núcleos de la población a la propiedad del capital (página 23), y

b) La utilización abusiva de las formas jurídicas en este caso no puede relajar disposiciones de orden público como las contenidas en la Ley de Mercado de Capitales sobre acciones en tesorería. Lo contrario legitimaría toda clase de expedientes destinados a realizar precisamente lo que la Ley prohíbe en forma clara y tajante y conduciría a la ineludible, pero a la vez insostenible conclusión de que serían los propios particulares sujetos a la Ley quienes en última instancia resolverían en atención a sus particulares conveniencias cuando les sería aplicables o no la Ley de Mercado de Capitales así como las circunstancias y eventualidades en las cuales sus proceder y conductas habrían de ceñirse a la Ley en franco y abierto desconocimiento de las realidades económicas que constituyen el sustrato de las relaciones que regula la misma Ley. (Comisión Nacional de Valores, Resolución N° 284-90 de fecha 26 de octubre de 1990. Consultada en original).

Si bien los efectos de la Resolución administrativa de la Comisión Nacional de Valores fueron suspendidos por la jurisdicción constitucional, los tri-

bunales de justicia no se pronunciaron nunca, en forma definitiva, sobre el fondo de la cuestión controvertida, esto es, sobre la desestimación de la personalidad jurídica propia de las empresas relacionadas con el Banco de Venezuela que habían adquirido acciones de ese instituto bancario, ni sobre la imputación al propio banco de la adquisición de acciones de ese instituto bancario por parte de sus empresas vinculadas o asociadas, en razón del fraude a la Ley de Mercado de Capitales invocado en el caso concreto.

Sin embargo, para nosotros resulta absolutamente claro que si, en un caso concreto, determinadas sociedades mercantiles fueran personas interpuestas y pretendiera utilizárselas para evadir una prohibición legal, el órgano administrativo correspondiente, si tuviera facultades legales para hacerlo y, en todo caso, los tribunales de justicia podrán perfectamente declarar el carácter fraudulento del acto así realizado, indicando concretamente cada uno de los elementos del fraude (*fraus legis*) y explicando las causas que justifiquen su decisión. En virtud de tal pronunciamiento, deberán cesar los efectos de la interposición de persona y procederá la ineficacia administrativa o, en su caso, la nulidad de la actuación verificada para eludir la prohibición legal.

Por ello, podemos concluir que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanen, como puede ser la de la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios. De esta forma, se postula la prescindencia de la forma externa de la persona jurídica para poner coto a los fraudes y abusos que por medio del «escudo protector» de la persona jurídica se puede cometer (DE ÁNGEL, Yagüez: *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia*, Madrid 1990, p. 14).

La consecuencia de todo ello salta a la vista, puesto que el ordenamiento legal contemporáneo no es de carácter meramente formal: cuando por un motivo u otro se pretende utilizar la ficción de la personalidad jurídica para burlar normas de orden público o para sustraerse a sus efectos, el órgano jurisdiccional competente, ya sea administrativo o judicial, podrá descender el velo corporativo con el objeto de evitar que la persona jurídica sea el instrumento de desviación o distorsión en la aplicación de normas imperativas o prohibitivas.

Y no se nos diga que al razonar de esta manera se está infringiendo el artículo 201 del Código de Comercio según el cual las compañías anóni-

mas son personas jurídicas distintas de los socios; lo único que se hace con ello, es dar a la norma en cuestión el alcance preciso y exacto querido por el legislador, a saber, la utilización con fines lícitos de la personalidad jurídica de la sociedad. De lo contrario habría que llegar a la absurda conclusión de que cualquier norma imperativa de la ley puede ser libremente infringida por todo interesado, mediante la creación y utilización de una persona jurídica para realizar lo que la ley prohíbe efectuar directamente a quienes forman y dan nacimiento a la persona jurídica en cuestión. Bien sabido es que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las normas en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres (Código Civil, artículo 6°). Además, la conducta abusiva no es lícita; la ley no ampara el abuso del derecho (Código Civil, artículo 1.185, párrafo único) y el ordenamiento jurídico no tolera —ni puede tolerar— una maniobra directamente orientada al objetivo que la ley prohíbe, bajo la apariencia del acatamiento meramente formal de esa misma ley: dicha maniobra se denomina fraude a la ley.

En todo caso, vale la pena destacar que a veces la propia ley presume la existencia del fraude como sucede en el artículo 848 del Código Civil según el cual:

Las disposiciones testamentarias a favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas, aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso o se las haya otorgado bajo nombre de personas interpuestas.

Se reputan personas interpuestas, al padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz.

Lo mismo ocurre en el párrafo único del artículo 16 de la Ley de Regulación Financiera, según el cual:

En todo caso, se presumen adquiridas por personas interpuestas, en propiedad o por causa de garantía, las acciones traspasadas a personas naturales o jurídicas que no tengan capacidad de pago suficiente o no puedan hacer constar el origen de los fondos invertidos en las operaciones.

Otras veces la existencia del fraude a la ley puede fundamentarse en un conjunto de hechos graves, precisos y concordantes que permitan al órgano jurisdiccional competente presumir legítimamente que en el caso concreto se ha utilizado la personalidad jurídica para burlar la ley o con el propósito de sustraerse a sus efectos, puesto que la presunción es un medio de prueba autorizado por la Ley (Código Civil, artículos 1.394 y 1.399).

Por otra parte, se observa a *nivel legislativo*, que algunas leyes especiales permiten, en determinados casos y para ciertos efectos, el desconocimiento

de la personalidad jurídica de la sociedad y de la forma adoptada por los particulares para la realización de un acto jurídico. Esto con el objeto de hacer prevalecer la realidad económica de la operación. En otras palabras, en algunas leyes especiales se consagra el reconocimiento del principio de que el fondo, esto es, la intención perseguida por las partes priva sobre la forma adoptada para documentar un acto jurídico. Así, en el artículo 95 de la reciente Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta se establece que:

Al calificar los actos o situaciones que configuran los hechos imposables del impuesto previsto en esta ley, la Administración Tributaria conforme al procedimiento de determinación previsto en el Código Orgánico Tributario, podrá desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, aun cuando estén formalmente conformes con el derecho, realizados con el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto. En este caso se presumirá que el propósito es fundamental, salvo prueba en contrario.

Las decisiones que la Administración adopte, conforme a esta disposición, sólo tendrán implicaciones tributarias y en nada afectarán las relaciones jurídicas privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco nacional.

Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados conforme a lo previsto en el encabezamiento de este artículo no impedirán la aplicación de la norma tributaria evadida o eludida, ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendían obtener mediante ellos.

Una disposición legal bastante similar existe en el artículo 61 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Asimismo, el párrafo único del artículo 15 de la Ley de Regulación Financiera confiere a SUDEBAN, a los efectos de la precitada ley, la facultad de extender el concepto de *empresas relacionadas con un banco o institución financiera* —y, por ende, para hacerlas pasibles de una medida de intervención cuando se hubiere acordado la intervención o la liquidación del banco o de la institución financiera de que se trate— a aquellas personas naturales o jurídicas que tengan entre sí vinculación accionaria, financiera, organizativa o jurídica, cuando existan fundados indicios de que con la adopción de formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, se han utilizado medios para eludir las prohibiciones de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o disminuido la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente.

Siguiendo esta orientación, la Sala Político Administrativa (Especial Tributaria) de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 3 de febrero de 1999, en el caso Hideca dejó establecido que:

las supuestas «inversiones» hechas por la contribuyente no son operaciones verdaderas ni sinceras, es decir que no tienen contenido ni sustancia económica, sino que más bien son subterfugios de mera forma que no pueden tener significación en un impuesto como el que grava la renta, el cual pretende alcanzar la verdadera (y no la aparente) capacidad económica del sujeto pasivo. Las operaciones analizadas, en la forma en que fueron hechas denotan un abuso de la forma jurídica con el propósito fundamental de eludir o atenuar el efecto normal de la ley tributaria, en detrimento de los derechos del Fisco. En tales casos, el Juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos, los cuales demuestran, como dice la Fiscalización que evidencia que la «formación del capital en el sector agropecuario venezolano no sufrió incremento alguno» por lo cual los reparos se consideran ajustados a derecho, y así se declara. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa Especial Tributaria de fecha 3 de febrero de 1999. Consultada en original).

De lo que se infiere que, las consideraciones anteriores relativas al reconocimiento del *principio general* de la personalidad jurídica independiente y separada de cada una de las personas jurídicas, admite *excepciones*. Así, algunas leyes especiales, para determinados efectos, consagran que la pertenencia de una empresa a un grupo económico o que la existencia de empresas vinculadas entre sí determina para ellas importantes consecuencias de orden jurídico que obligan a considerar la unidad económica y no tanto la unidad jurídica de la respectiva entidad al momento de la aplicación de la respectiva ley de que se trate. Además, aun cuando esta materia no ha recibido en Venezuela un extenso tratamiento doctrinario y jurisprudencial, ya se observan criterios y atisbos de decisiones que conducen a postular el principio de la prevalencia del fondo sobre la forma de los actos jurídicos y, en su caso, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad cuando se constate la utilización de la personalidad jurídica para desvirtuar la debida aplicación de una norma imperativa o para sustraerse a sus efectos.

III. LA INCIDENCIA DE LA PERTENENCIA A UN GRUPO DE PERSONAS VINCULADAS (GRUPO ECONÓMICO O DE EMPRESAS) EN LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA EX ARTÍCULO 119 (NUMERAL 2º) DE LA LEY DEL SERVICIO ELÉCTRICO

I. La inexistencia de un régimen general aplicable a los grupos de empresas en el derecho venezolano

En el derecho positivo venezolano no existe una regulación general de los grupos económicos o de empresas, característica ésta que es más o menos común en el derecho de otros países. Ello se atribuye a la circunstancia de que tales grupos, si bien han sido objeto de estudios coherentes en el campo económico, no han dado lugar al desarrollo de una disciplina general y uniforme capaz de agrupar a las diversas formas jurídicas de que se valen para concretar los fines que han motivado su constitución y funcionamiento.

La ausencia de un régimen legal general aplicable a los grupos económicos hace que nuestro país participe de la corriente que destaca la necesidad de brindar a las empresas la mayor libertad de elección, para decidir la forma de agrupación y organización del respectivo grupo a la hora de proponerse la consecución de su objeto. Esta perspectiva resulta la más conveniente, dada nuestra condición de país en desarrollo que requiere la constitución de unidades empresariales fuertes y con capacidad de competir en un mercado cada vez más ampliado a través de los diversos acuerdos de integración económica donde Venezuela participa.

Por tanto, desde la anterior perspectiva, los grupos económicos o de empresas tienen a su disposición todas las formas jurídicas que permite la legislación civil y mercantil venezolana y deben considerarse amparados por los artículos 52 y 112 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela. Según el primero «Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley...» y conforme al segundo, «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...».

Por otra parte, la formación y el desarrollo de los grupos económicos o societarios constituye una actividad perfectamente legal y la constitución y funcionamiento de un grupo de empresas no implica un ilícito y su funcionamiento tampoco, salvo que el controlante dañe dolosa o culpablemente el patrimonio de la sociedad controlada o invoque

dolosamente la personalidad de la sociedad controlada en perjuicio del interés general o del interés de terceros.

Esta afirmación, como se ha dicho, es válida tanto para las legislaciones que regulan especialmente el fenómeno de los grupos societarios como para los ordenamientos que no lo hacen, pero que mantienen el principio de la prevalencia de la mayoría como sustento del control interno o participacional, y el principio de la libertad convencional como sustento del control externo o vincular.

Sin embargo, sí existe una regulación fragmentaria de algunas manifestaciones de los grupos económicos o de los grupos de empresas en la legislación venezolana. (En el mismo sentido, véase: RODNER, James Otis: *El Grupo de Sociedades en Visión Contemporánea del Derecho Mercantil*, IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, 1998, p. 193).

En efecto, en el derecho positivo venezolano sí se conocen disposiciones que conciernen a la configuración de un grupo económico con perfil y fisonomía propios, las cuales mencionaremos de seguidas. Sin embargo, es bueno indicar desde ya que las mismas presentan una característica que las informa y ésta es, que cada una de estas regulaciones está llamada a cumplir con un objeto específico y limitado al respectivo ordenamiento legal del cual forma parte. Por tanto, no es dable al intérprete suponer efectos jurídicos respecto de alguna de estas regulaciones, que puedan llegar a comunicarse a otras contenidas en leyes especiales llamadas a cumplir también otras finalidades, salvo que el legislador así lo haya establecido expresamente o que esta consecuencia se imponga en razón de la interpretación sistemática y concordada de los respectivos textos legales.

Así, entre otras, la *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* (artículos 101 al 105) contiene disposiciones que conciernen a la configuración de un grupo de sociedades con perfil y fisonomía propios.

Los principales aspectos del régimen sobre *grupos financieros* de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras contenidos en los últimos artículos citados, son:

El artículo 101 define a los grupos financieros como el conjunto de bancos, instituciones financieras y empresas que constituyan una unidad de decisión o gestión, de acuerdo con lo que se establece en el mismo artículo. A este efecto, la unidad de decisión o de gestión se prescribe a través de dos vías:

La primera es de carácter objetivo, de acuerdo con la participación o control que un banco o institución financiera tenga respecto de otras sociedades o empresas o, de manera inversa, la participación o control que personas naturales o jurídicas puedan tener o ejercer sobre el primero. Mientras la medida de la participación, directa o indirecta, se fija en un porcentaje igual o superior al 50% del capital o patrimonio de la respectiva entidad, el control tiene una doble manifestación. Este puede estar referido al control igual o superior a la tercera parte de los órganos de dirección o administración de la sociedad o al que se ejerce sobre las decisiones de dichos órganos a través de cláusulas contractuales o cualquier otra modalidad (parágrafo primero).

La segunda vía de determinación legal de la unidad de decisión o gestión, es de carácter indiciario. A este efecto, mediante el parágrafo segundo se autoriza a la SUDEBAN para que, en ausencia de los elementos objetivos vistos con anterioridad, considere que existe unidad de decisión o gestión, cuando existan entre instituciones financieras y otras empresas, evidencias suficientes y comprobadas de ello.

La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras precisa cuáles son las empresas que deben tomarse en cuenta a efectos de integrar un grupo financiero, en el parágrafo tercero del mismo artículo 101. Aunque la ley no lo dice, debe tratarse de las empresas con las cuales se ha establecido previamente la existencia de la unidad de decisión o gestión en la forma vista con anterioridad, pues ello deriva de una interpretación sistemática del texto que se analiza. Tales empresas son: las filiales, subsidiarias y relacionadas, estén o no domiciliadas en el país, cuyo objeto o actividad principal sea complementario o conexo al de los bancos y otras instituciones financieras.

Finalmente, el parágrafo cuarto otorga a SUDEBAN, la facultad de incluir en un grupo financiero, cuando lo considere conveniente, a las sociedades propietarias de acciones de las instituciones financieras integrantes del grupo. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras precisa que se debe tratar de las empresas controladoras de dichas instituciones financieras. Esta disposición surgió principalmente motivada por la definición de empresa a que nos referimos con anterioridad, ya que técnicamente una empresa holding, cuyo objeto principal es detentar acciones de otras sociedades, no reviste carácter complementario o conexo con el objeto de algunas instituciones financieras especializada, como un banco comercial o un banco hipotecario, por ejemplo.

En lo que concierne a la determinación del grupo financiero, al tratarse de una actividad regulada, consecuente con las motivaciones en alguna forma parecidas a las que llevan al Estado a exigir una autorización de

SUDEBAN para que una sociedad anónima pueda realizar operaciones de intermediación financiera, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras pauta que la determinación de las instituciones financieras y empresas que forman parte de un *grupo financiero* es de la competencia exclusiva del indicado organismo de control bancario (Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, artículo 102). En otras palabras, la conformación del grupo financiero no es producto de una decisión voluntaria de entidad privada alguna, sino que requiere el pronunciamiento de SUDEBAN.

Lo anterior permite extraer una característica que es inherente al grupo financiero, cual es, la de que su integración y extensión, en cuanto al número de instituciones financieras y empresas que lo conforman, tiene un sentido dinámico. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, fija los elementos objetivos o indiciarios para la definición del grupo financiero, de allí que, cuando estos elementos varían es posible reducir, ampliar o, en definitiva, determinar la inexistencia del respectivo grupo financiero. Este carácter dinámico o relativo del grupo financiero, se desprende también de lo dispuesto en la parte *in fine* del mismo artículo 102, mediante el cual se faculta a SUDEBAN para excluir a una empresa o institución de un grupo financiero.

Por otra parte, el *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*, a los efectos de ampliar el número de personas responsables frente al trabajador, también contiene disposiciones que conciernen a la configuración de un *grupo de empresas* con especificidades y contornos propios. En tal sentido, el artículo 21 del precitado Reglamento consagra el principio de la responsabilidad solidaria de los patronos que integran un grupo de empresas, por el cumplimiento de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. A tales efectos, en los párrafos primero y segundo del artículo 21 *ejusdem* se establece que:

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieran a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiera relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otra, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;

- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración.

En la misma dirección, el artículo 5° (parágrafo tercero) de la *Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994* consagró, un concepto de *unidad económica*, a los fines de permitir una consolidación de rentas entre distintas empresas. A tales efectos, podía darse la consolidación en tres casos: (a) cuando los accionistas o propietarios que ejercen la administración de las empresas sean los mismos; (b) cuando las empresas realicen entre ellas más del cincuenta por ciento (50%) del total de sus actividades u operaciones y (c) cuando determinadas empresas exploten actividades u operaciones industriales, comerciales o financieras conexas en más del cincuenta por ciento (50%) del total de tales operaciones o actividades.

En estos casos, las empresas consolidadas por decisión de la Administración Tributaria se trataban como si formaran un solo contribuyente, a los fines del impuesto sobre la renta. Es decir, en estos supuestos la Administración Tributaria podía —porque la consolidación no era automática— consolidar las declaraciones, considerando como titular del ingreso a la persona que ejercía la administración del grupo. Esta disposición sobre consolidación de empresas a efectos tributarios desapareció en la Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999.

La *Ley de Mercado de Capitales* define lo que se entiende por *control* de una *sociedad dominada* por una *sociedad dominante* (artículo 67). Las *Normas relativas a la Oferta Pública y Colocación Primaria de Títulos Valores y a la Publicidad de las Emisiones* dictadas por la Comisión Nacional de Valores contienen definiciones de lo que debe entenderse por *empresa matriz, empresa filial o subsidiaria y empresa afiliada* a los fines de las referidas normas, pero ésta es una materia completamente distinta a la configuración de un grupo económico con perfil y fisonomía propias, como sí la hace la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley de Impuesto Sobre la Renta en las disposiciones anteriormente mencionadas.

Asimismo, la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (artículos 14 y 15) define al *grupo de personas o de empresas vinculadas entre sí*, con un fin determinado, esto es, en relación con el fenómeno de la concentración económica, a los efectos que guardan relación con las prácticas restrictivas de la competencia. El Reglamento Parcial N° 2 de la precitada ley (artículos 3° y 4°) desarrolla aun más las definiciones legales y las modalidades de las operaciones de concentración económica.

La *Ley de Privatización* menciona expresamente a los *grupos de empresas* en los procesos de privatización de empresas del sector público (artículo 7º), pero no los define. Por su parte, la Ley del Servicio Eléctrico no contiene disposición alguna aplicable a los grupos económicos o de empresas.

2. El sentido del vocablo «empresa» utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

a. Introducción

En razón de las consideraciones expuestas *ut supra*, en relación con la materia que nos ocupa, se impone dilucidar el sentido exacto y preciso que debe darse al vocablo «empresa», que utiliza el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico y la relevancia que pueda tener la pertenencia de una empresa eléctrica a un grupo económico o de empresas, a los fines de determinar la licitud de la participación de una empresa eléctrica y/o su empresa matriz o sus filiales y subsidiarias en el proceso de privatización de otra empresa eléctrica.

Procede, igualmente, determinar si la Ley del Servicio Eléctrico o la Ley de Privatización establece alguna disposición que lleve a concluir que el régimen de grupo económico o de empresas vinculadas entre sí, contenido en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, debe ser considerado a los efectos de excluir del proceso de privatización de una empresa eléctrica a una empresa vinculada a otra que no participe en dicho proceso cuando el porcentaje de cobertura de mercado de esta última, sumado al de la que es objeto de privatización, excede los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico. Concretamente, en tal eventualidad, ¿podría una empresa distribuidora de energía eléctrica controladora de otra, adquirir legalmente las acciones de una tercera empresa distribuidora en el acto de subasta que se fije dentro del proceso de privatización de esta última, invocando que es una persona jurídica distinta de la empresa eléctrica que la primera controle?

El artículo 119 numeral 2º de la Ley del Servicio Eléctrico limita la cobertura de mercado para las *empresas* de distribución, a un veinticinco por ciento (25%) del total nacional. La referida disposición legal alude solamente a empresas.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley de Privatización prescribe que el Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV) evitará, entre otras, «la concentración de acciones... objeto de privatización en *grupos de empresas* o

empresas... que respondan a los mismos intereses o que puedan... impedir o restringir la libre competencia». Esta disposición legal se refiere a grupos de empresas pero no los define. ¿Se debe, entonces, acudir a los criterios de vinculación de empresas o de pertenencia a un grupo de empresas, establecidos en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia a los fines de determinar la exclusión de una empresa que participe en la privatización de una empresa del sector eléctrico?

b. Algunas interrelaciones existentes entre la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Llegados a este punto, vale la pena insistir en un principio elemental de hermenéutica jurídica que debe orientar al intérprete a la hora de analizar textos legales como la Ley de Privatización, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Ciertamente, tanto la Ley del Servicio Eléctrico como la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, constituyen manifestaciones del Estado dirigidas a limitar la actividad económica de los particulares en la realización de sus negocios. En otras palabras, dichos instrumentos forman parte del Derecho Administrativo. En tanto legislación, la misma se encuentra sometida en un todo a la Constitución Nacional.

Tanto en la Ley del Servicio Eléctrico como en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el legislador dibujó con precisión el objeto y los medios que en cada ordenamiento deben desarrollar los órganos encargados de alcanzar dicho objeto. Así, para la Ley del Servicio Eléctrico el objeto lo constituye la regulación de las actividades de generación, transmisión y gestión del sistema eléctrico nacional, así como la distribución y comercialización de la energía eléctrica, a cuyo efecto se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico (Ley del Servicio Eléctrico, artículos 1º y 4º), mientras que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia tiene por objeto estimular y proteger el ejercicio de la libre competencia, así como la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica (artículo 1º). Con este propósito se prohíben, asimismo, las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado (artículo 11).

El medio institucional erigido por la Ley del Servicio Eléctrico para controlar el cumplimiento de su objeto, lo es la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en cambio, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia lo hace con la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA). A cada uno de estos organismos, su respectivo ordenamiento los dota de facultades. Estas facultades constituyen el límite para la actuación de dichos organismos públicos, en acatamiento ineludible del principio de legalidad administrativa estipulado en el artículo 137 de la Constitución.

Por su parte, la Ley de Privatización tiene por objeto regular la política de privatización de bienes o servicios del sector público y establecer las modalidades de privatización, a cuyo efecto se atribuye al Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV) la ejecución de la política de privatización (Ley de Privatización, artículos 1º y 9º).

Un corolario de lo anterior es que al intérprete le es dable establecer vinculaciones entre la Ley del Servicio Eléctrico, la Ley de Privatización y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, o de una respecto de la otra u otras, cuando tales vinculaciones se encuentren legalmente previstas o se impongan en razón de la interpretación concordada y sistemática de dichos textos legales derivada de la interrelación de los objetivos y finalidades de los respectivos dispositivos de cada una de estas leyes aplicables en el caso concreto.

Si se tiene que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia persigue, en general, el desarrollo del mercado mediante la participación ordenada de quienes en él participan en un contexto de sana competencia, a cuyos fines define a las empresas, en un sentido económico, y se considera que el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico establece reglas para la participación de empresas eléctricas en el mercado con el objeto de evitar una concentración que atente contra la libre competencia en el sector, es forzoso concluir que el término *empresa* utilizado en la ley antes citada debe entenderse en el mismo sentido económico en que se le emplea en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. A esta conclusión conduce inexorablemente una interpretación no sólo sistemática sino lógica de los precitados preceptos legales.

Es evidente que los fines y objetivos de las aludidas disposiciones legales de los ordenamientos bajo examen se entrelazan. En efecto, el artículo 3º de la Ley del Servicio Eléctrico establece que el Estado promoverá la competencia en las actividades del servicio eléctrico en las cuales lo estime pertinente. Además, esta disposición legal establece que el Estado regulará aquellas situaciones de monopolio donde la libre competencia

no garantice la prestación eficiente en términos económicos y fomentará la participación privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

El artículo 119 *ejusdem* a los fines de evitar concentraciones en el sector de la energía eléctrica o la presencia de actores con una posición dominante en las áreas de generación, comercialización y distribución define los límites de cobertura de mercado y establece límites a la participación de las empresas en las distintas áreas del servicio eléctrico.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley de Privatización establece que:

El Fondo de Inversiones de Venezuela evitará la concentración de bienes, acciones, concesiones de servicios públicos que sean o hayan sido objeto de acciones de privatización en empresas, grupos de empresas o empresas que respondan a los mismos intereses o que puedan incurrir en conductas monopólicas u oligopólicas para llevar a cabo maniobras que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica y la libre competencia. La violación de estas disposiciones será causal de nulidad absoluta del proceso licitatorio o de los procesos de colocación en el mercado de capitales.

Del propio tenor literal de las precitadas disposiciones legales se desprende, claramente, que todas ellas persiguen asegurar la libre competencia de los actores en el mercado, en el sector de la energía eléctrica.

c. La libre competencia de los actores en el sector de la energía eléctrica y la interacción de los órganos de la Administración Pública

A los fines de garantizar la libre concurrencia de los actores en el mercado en el proceso de privatización de una empresa del sector eléctrico, el FIV no podrá legalmente autorizar la participación del interesado si se determina que su cobertura de mercado incluida la del grupo de empresas que responda a los mismos intereses, sumada a la de la empresa o empresas objeto de privatización excede de los límites máximos establecidos en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

A los fines de efectuar esta determinación, el FIV ha solicitado, en los respectivos procesos de privatización de empresas, como es lógico y natural, la opinión del organismo sectorial especializado, esto es, de PROCOMPETENCIA, a cuyo efecto, se ha desarrollado la práctica administrativa consistente en informar a PROCOMPETENCIA acerca de la modalidad de privatización a ser empleada en cada caso y acerca de los interesados en el proceso, a los fines del respectivo pronunciamiento por parte de ese Organismo. PROCOMPETENCIA, en base a la información suministrada por el FIV, determina, en cada caso, si el mecanismo empleado en el respectivo proceso de privatización es cónsono con el desarrollo

de la libre competencia y, adicionalmente, si la participación de alguno de los actores en el mercado podría conllevar a una situación de concentración económica en el sector al sumar a su participación de mercado la del ente a ser privatizado.

Este procedimiento de interacción de los organismos de la Administración Pública es cónsono con el principio constitucional de la colaboración de los organismos del sector público en el desarrollo de los fines del Estado y atiende al principio de la especialidad de cada organismo de la Administración Pública en el área de su competencia. Por otra parte, comoquiera que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece la nulidad absoluta del respectivo proceso licitatorio que conduzca a una situación de monopolio u oligopolio o a una restricción o limitación indebida de la libre competencia, la práctica administrativa de solicitar *ex ante* la opinión de PROCOMPETENCIA permite prevenir situaciones de violación a la ley, lo que resulta más conveniente que los efectos traumáticos que derivarían de la nulidad del proceso ya efectuado por quebrantamiento de normas de orden público.

Ahora bien, PROCOMPETENCIA, a los fines de su pronunciamiento, deberá aplicar los límites establecidos en el artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. Si bien en esta disposición legal se establece que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica podrá fijar otros límites (mayores o menores) oída la opinión de PROCOMPETENCIA, mientras esto no haya ocurrido, los parámetros objetivos fijados en la ley no pueden infringirse por constituir límites a la participación de los particulares en el sector eléctrico. PROCOMPETENCIA, al emitir su pronunciamiento, deberá tener en cuenta, asimismo, los criterios de vinculación y de pertenencia a un grupo de empresas que establece su propia ley para determinar si, en el caso concreto, la participación de empresas vinculadas entre sí puede conducir a una concentración económica en el mercado, conforme a los parámetros establecidos en la propia ley.

d. La interpretación concordada de los artículos 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico 7º de la Ley de Privatización y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Cuando el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico se refiere a «empresas» y el artículo 7º de la Ley de Privatización se refiere a «grupo de empresas que responde a los mismos intereses» para limitar la participación de los actores en el mercado, el sentido que debe atribuirse a esta expresión, es el que le corresponde conforme al Ordenamiento sectorial que regula la libre competencia y las situaciones de dominio del mercado cuando una actividad económica es realizada por una empresa o gru-

po de empresas. Es decir, debe incluirse dentro del término empresa no sólo a la entidad individualmente considerada, sino a las empresas vinculadas a ella conforme a los artículos 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y 7º de la Ley de Privatización, tanto más cuanto que de lo que se trata de prevenir con el establecimiento de límites de cobertura de mercado por parte de los actores es la configuración de una situación de concentración económica que la ley no considera nada deseable. Por tanto, debe atribuirse al término *empresa* un significado económico para comprender dentro de esta noción no sólo a la entidad individual que goza de personalidad jurídica y de patrimonio propio sino a las demás entidades vinculadas con la empresa cuya cobertura de mercado se trata de medir, a cuyo efecto habrán de aplicarse los criterios de vinculación de empresas previsto en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Bien sabido es que a la hora de desentrañar el sentido de una norma legal, no puede ésta interpretarse en forma aislada de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico considerado como un todo. En efecto, la hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con el articulado general de la ley o sistema jurídico de que forma parte, y la segunda, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador.

Según la primera máxima apuntada, toda norma jurídica debe integrarse al cuerpo orgánico de las normas vigentes, el cual está formado de correspondencias y de correlaciones; de manera que cada norma singular debe ser explicada en su integridad y por medio de las otras normas. Las reglas más elementales de hermenéutica jurídica exigen, para desentrañar el verdadero sentido de un precepto jurídico, que se coordinen entre sí dos (o más) normas, materialmente independientes la una de la otra, considerando cada una de ellas como el fragmento de un principio que se combina con otro. Es por ello que, según el criterio de la doctrina jurídica más autorizada, acogido por la jurisprudencia patria, son normas (normas aplicables) no solamente las que todo profano puede leer abriendo un código, sino también, fundamentalmente, las que resultan del juego combinatorio de dos o más normas y de la mutua influencia de una norma sobre otra. (Gaceta Forense, Tercera Etapa, Tomo III, pp. 265 y ss.).

Es por ello que el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico no se puede interpretar aisladamente sino en concordancia con los artículos 14 y

15 del la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que establecen:

Artículo 14. A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva.

Artículo 15. Se tendrá como personas vinculadas entre sí a las siguientes:

1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella;

2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas; y

3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores.

Por consiguiente, es no sólo a la empresa individualmente considerada sino a las empresas vinculadas entre sí conforme a las precitadas normas legales a las que se refiere el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

Dentro del contexto del proceso de privatización de una empresa, el artículo 7° de la Ley de Privatización despeja cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto al consagrar que el FIV evitará la concentración de bienes o acciones o concesiones de servicios públicos que sean objeto de privatización, en «empresas o grupos de empresas o empresas que respondan a los mismos intereses». Y es que, en términos económicos, a los fines de medir los límites máximos de cobertura de mercado permisibles, carece de relevancia, a estos efectos, la personalidad jurídica separada y distinta que puedan ostentar las empresas vinculadas entre sí.

Son los integrantes del grupo de empresas que responde a los mismos intereses, los entes susceptibles de consolidar una posición de dominio en el mercado o de exceder los porcentajes máximos de cobertura de mercado. De acuerdo con la naturaleza de las cosas, son las empresas vinculadas entre sí, el centro de imputación de la participación del mercado de la cual son destinatarias. Lo contrario sería un formalismo a ultranza que atentaría contra el carácter económico de la materia objeto de regulación y los intereses tutelados por el legislador.

e. La aplicación del criterio económico en la interpretación del artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico

Conviene tener en cuenta, a los fines interpretativos que, cuando se trata de evitar situaciones de concentración económica, es imperativo aplicar el criterio económico de la interpretación de la ley. Debe atenderse al fin o significado económico propio, concreto y determinado de la operación y a la consideración de las vinculaciones existentes entre empresas relacionadas que participan en un determinado sector de actividad económica. Para determinar la verdadera naturaleza de los hechos, de sus actores y de las transacciones objeto de análisis, se debe atender a las situaciones y relaciones económicas que las partes efectivamente persiguieron o establecieron, prescindiendo de las formas o estructuras jurídicas inadecuadas a la cabal intención económica y efectiva de los respectivos sujetos de derecho. Es la preeminencia de la *intentio facti* por sobre la *intentio juris*. Es decir, la consideración a los fines legales de la relación real y efectiva creada por la voluntad empírica prescindiendo de la voluntad jurídica que hace que el acto encuadre dentro de un determinado instituto del derecho privado, porque lo que interesa al Derecho de la Libre Competencia es el contenido económico de la relación. Lo contrario sería rebasar los límites de una ficción jurídica.

En consecuencia, no sólo existe, a nuestro modo de ver, una empresa dotada de una voluntad propia y autónoma a los fines de constituirse en destinataria del numeral 2º del artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. Atribuir o imputar la voluntad generadora de relaciones jurídicas sólo a la entidad jurídica individualmente considerada, a estos efectos, no se compadece con la realidad ni con la interpretación que debe hacerse del dispositivo contenido en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico tantas veces citado, considerado en su conexión con aquellos contenidos en los artículos 7º de la Ley de Privatización y 14 y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que reconocen el sustrato económico que integra al concepto de empresa o que vincula a la empresa con el grupo de empresas al cual pertenece y que está palmariamente presente en la organización de los negocios que puedan establecer los particulares en un determinado sector de la actividad económica. Sostener en consecuencia que, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 6º de la Ley de Privatización y 119 de la Ley del Servicio Eléctrico, deba distinguirse entre empresas en sentido económico y empresas en sentido jurídico o entre el grupo de empresas y sus integrantes, sería tanto como sostener que dichas normas prescriben que se considere como si no existiese una determinada situación, sino otra; como si existiese, a estos efectos, una situación ficticia y no la real.

f. La naturaleza de la materia regulada y la intención del legislador

Por otra parte, en aplicación de la segunda regla de hermenéutica indicada *ut supra*, no resulta difícil advertir que tampoco una interpretación excesivamente restrictiva del texto legal se corresponde con el propósito perseguido por el legislador a través del límite fijado en el numeral 2º del artículo 117 de la Ley del Servicio Eléctrico. La intención de la ley fue, sin duda, promover la competencia en las actividades del servicio eléctrico y evitar situaciones de monopolio o de concentración económica en el sector estableciendo al efecto límites máximos de cobertura de mercado permisibles. Y en los procesos de privatización de empresas, uno de los propósitos declarados del legislador fue evitar la concentración de acciones de empresas objeto de privatización en grupos de empresas o en empresas que respondan a los mismos intereses, propósitos éstos que se ven frustrados tanto en el caso de que los límites de cobertura de mercado sean traspasados por una empresa individualmente considerada, como cuando lo sean por un grupo de personas vinculadas o relacionadas entre sí conforme a los criterios de vinculación establecidos *ex* artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Circunscribir el ámbito de aplicación del artículo 119 (numeral 2º) a una persona jurídica singularmente considerada sin computar dentro de los límites legales los porcentajes de cobertura de otras empresas vinculadas entre sí, haría nugatorio el propósito declarado por el legislador de asegurar una competencia en el sector de la energía eléctrica mediante el establecimiento de límites máximos de cobertura de mercado permisibles.

Por lo demás, sostener que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Privatización y 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico solamente debe tenerse en cuenta a la persona jurídica individualmente considerada iría no sólo en contra de la letra de la ley en el caso del artículo 7º antes citado, sino que implicaría, en el caso del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico, la apertura de una válvula de escape a través de la cual se consolidaría fácilmente una posición de dominio o una concentración económica del mercado en un segmento de la actividad económica por parte de un grupo de empresas relacionadas entre sí. Al mismo tiempo semejante línea de argumentación conduciría a la insostenible conclusión de que serían los particulares mismos los legitimados para determinar cuándo una participación del mercado excede los límites máximos de cobertura permisibles e infringe lo dispuesto en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico, lo cual no se compadece con el carácter de orden público de la mencionada disposición legal, no susceptible de ser renunciada, relajada o modificada por convenios particulares *ex* artículo 6º del Código Civil. En conclusión, con

semejante argumentación no se asegura la utilidad de lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico no se puede interpretar aisladamente sino en concordancia con los artículos 14 y 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
2. Al vocablo «empresa» utilizado en el artículo 119 (numeral 2º) de la Ley del Servicio Eléctrico debe atribuírsele una significación económica para incluir dentro de este término no sólo a la entidad jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio e independiente, sino también a las empresas vinculadas entre sí conforme a las precitadas disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
3. Por consiguiente, no puede, legalmente, una empresa distribuidora de energía eléctrica controladora de otra o vinculada con ésta en los términos de lo dispuesto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, adquirir las acciones de una tercera empresa distribuidora en el acto de subasta que se fije dentro del proceso de privatización de esta última, cuando el porcentaje de cobertura de mercado de la empresa controlada o vinculada con la empresa postora, sumado al de la que es objeto de privatización, exceda los límites máximos de cobertura de mercado establecidos en el numeral 2º del artículo 119 de la Ley del Servicio Eléctrico.

BIBLIOGRAFÍA

- ARVELO VILLAMIZAR, Roquefélix. *La Teoría del Velo Corporativo y su aplicación en el Derecho Venezolano. Aspectos Tributarios*. Ediciones Liber, Caracas, 1999.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, décima edición, Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La Persona Jurídica*. Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia*, Editorial Civitas S.A., cuarta edición actualizada y ampliada, Madrid, 1997.
- DE SOLA, René. *Interpretación Progresiva de la Ley (Estudios Jurídicos)*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982.

- DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica de la sociedad mercantil*. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- FARGOSI, Horacio P. *La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil*. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- FIGORE, Pascuale. *De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*, tercera edición. Editorial Reus S.A., Madrid, 1927.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, Madrid, 1968.
- GOVEA URDANETA (h), Luis Guillermo. *Las Grandes Decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Mercantil (1935-1992)*, tercera edición, Editorial Jurisvensa, Caracas-Maracaibo, 1992.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1983.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio. *El Fraude de Ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *Dictamen en Acciones en Tesorería, Varios Dictámenes*. Caracas 1991.
- RAAD, Nabil Fadel. *L'Abus de la Personnalité Morale en Droit Pivé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1991.
- RODNER, James Otis. *El Grupo de Sociedades en Visión Contemporánea del Derecho Mercantil*. IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, 1998.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, vigésima edición, Madrid, 1997.
- SANTORO PASSARELLI, F. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios por José Puig Brutau. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.
- SOLS LUCIA, Alberto. *El Fraude a la Ley. Estudio Analítico del Art. 64 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*. Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- ZERPA, Luis Ignacio. *El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 116, Caracas, 1999.

El Poder Judicial en la Constitución de 1999

GUSTAVO URDANETA TROCONIS*

INTRODUCCIÓN

Entre los principales temas, si no el principal, de la agenda de la Asamblea Nacional Constituyente que dio como resultado la Constitución aprobada mediante referéndum el mes de diciembre de 1999 estuvo, sin lugar a dudas, el de la reforma del Poder Judicial, considerada necesaria en los más diversos medios del país.

El resultado de esas preocupaciones y de los estudios y deliberaciones correspondientes está recogido en el Capítulo III del Título V de la Constitución, dedicado a la organización del Poder Público Nacional. Su epígrafe ya es demostrativo de cambios: “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”: el constituyente quiso dar al tema un enfoque más global y no limitarse al tratamiento de los tribunales, extendiéndose más ampliamente hacia los diferentes actores que intervienen de algún modo en la administración de justicia.

Estas páginas intentan poner de relieve los cambios a nuestro parecer más notables introducidos por el nuevo texto constitucional en relación con este tema. Nuestras reflexiones serán estructuradas en torno a los cuatro aspectos más resaltantes abordados en el referido Capítulo III: en primer lugar, la diferenciación hecha por el constituyente entre Poder Judicial y “sistema de justicia”; luego, las disposiciones sobre el

* Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, Profesor. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ex Magistrado.

órgano supremo del Poder Judicial: el Tribunal Supremo de Justicia; en tercer lugar, la previsión constitucional de variadas jurisdicciones especiales que integran el Poder Judicial, lo cual constituye ciertamente una novedad; y, por último, la nueva fórmula de gobierno y administración del Poder Judicial.

I. EL PODER JUDICIAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA

El capítulo correspondiente al Poder Judicial es uno de los cinco en que se divide el Título V, que la Constitución de 1999 dedica a la organización del Poder Público Nacional: uno por cada uno de los cinco poderes -y no tres, como en las Constituciones precedentes- que ahora integran dicho Poder Nacional. Sin embargo, resulta notable que -a diferencia de los otros cuatro capítulos, destinados cada uno a regular el correspondiente poder- este Capítulo III no se limita a establecer las reglas aplicables al Poder Judicial, pues está referido también al Sistema de Justicia.

Ahora bien, lo que resulta de alguna manera sorprendente es que en el articulado de este capítulo no se encuentra definido el Poder Judicial. Los otros cuatro poderes que integran el Poder Público Nacional son definidos de manera precisa, señalando cuáles son los órganos por medio de los cuales cada de ellos es ejercido. En algunos casos, se trata de un señalamiento completo y cerrado, como ocurre con los Poderes Legislativo, Ciudadano y Electoral, cuyos órganos son nominativamente señalados en el propio texto constitucional, lo que conduce a concluir que por vía legislativa no podría añadirse un nuevo órgano a ninguna de esas estructuras organizativas; en el caso del Poder Ejecutivo, el señalamiento nominativo se refiere sólo a los órganos fundamentales del mismo: Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y Ministros, pero se añade una cláusula genérica adicional que faculta al legislador para prever la existencia de otros órganos dentro de este poder.

De manera similar, la Constitución de 1961 definía los órganos del Poder Judicial por medio de una fórmula parecida a la referida al Poder Ejecutivo: señalamiento nominativo de la autoridad máxima del mismo (la Corte Suprema de Justicia), con adición de una cláusula genérica abierta al legislador para crear y definir los restantes órganos de dicho poder (“los demás tribunales que determine la ley orgánica”).

En cambio, la Constitución de 1999 no precisa cuáles órganos integran el Poder Judicial.

En el artículo 253 se enumeran los elementos constitutivos del “sistema de justicia”: el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que

determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio de la profesión.

A la vista de ese variado elenco, encontramos que este novedoso “sistema de justicia” no guarda ninguna relación directa, desde el punto de vista conceptual ni institucional, con el Poder Judicial. Efectivamente, dentro de los elementos constitutivos del sistema de justicia encontramos órganos propiamente judiciales, como son los tribunales -tanto el Supremo como los restantes que han de ser definidos por la ley-, como otros pertenecientes a Poderes diferentes del Poder Judicial -es el caso del Ministerio Público, órgano integrante del Poder Ciudadano, conforme lo dispone el artículo 273 de la misma Constitución, así como de “los órganos de investigación penal” o el sistema penitenciario, que hasta ahora en Venezuela siempre han estado incluidos dentro del Poder Ejecutivo-; y, lo que resulta más peculiar aún, sujetos particulares, no incluibles dentro del aparato organizativo del Estado, como ocurre con los abogados en ejercicio.

Por su lado, el Poder Judicial, en tanto que tal, es aludido en forma expresa en varias oportunidades, como cuando se indica que a sus órganos corresponde tanto el conocimiento de los asuntos de su competencia (que, por lo demás, tampoco es definida en el texto constitucional) como la ejecución de sus sentencias;¹ igualmente, cuando se le atribuye la esencial cualidad de la independencia,² asimismo, cuando se le prohíbe establecer tasas o aranceles, así como cobrar por sus servicios.³

Del contenido de estas disposiciones que aluden, sin definirlo, al Poder Judicial, parece desprenderse sin mayores dificultades que dicho Poder debe ser definido, de manera análoga a como lo estaba en la Constitución de 1961, como el conjunto orgánico compuesto por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley. De tal forma que el descuido o defecto de técnica legislativa en que incurrió el constituye al olvidar incluir una definición expresa del Poder Judicial no debería generar mayores inconvenientes de interpretación.

Sin embargo, queda todavía por precisar la relación institucional que deberá existir entre el Poder Judicial y el sistema de justicia, pues ello no

¹ Artículo 253, primer aparte, de la Constitución de 1999.

² Primera disposición del artículo 254 *ejusdem*.

³ Última disposición del artículo antes citado.

está claro en el texto constitucional. A primera vista, podría pensarse que el Poder Judicial, al cual corresponde dentro del esquema organizativo del Estado venezolano la administración de justicia, debería fungir como una especie de instancia rectora del sistema de justicia; pero ello deberá ser tratado con delicadeza, dado que en dicho sistema se encuentran incluidos órganos y autoridades pertenecientes a otros Poderes. Al legislador corresponderá esa delicada tarea de delimitación y precisión conceptual.

Por de pronto, cabe resaltar que la diferenciación entre Poder Judicial y sistema de justicia habrá de tener alguna relevancia práctica, y que no se trata de una simple especulación de orden teórico. En efecto, el propio texto constitucional contiene una disposición cuya aplicación requiere de esa previa diferenciación conceptual: se trata de la norma referente al "situado judicial", como algunos denominan el apartado presupuestario mínimo garantizado como un mecanismo destinado a asegurar la autonomía del Poder Judicial, al cual se hará referencia más adelante. Pues bien, esa partida presupuestaria, que como mínimo debe equivaler al dos por ciento (2%) del presupuesto general del Estado, no está prevista en beneficio del Poder Judicial, como habría debido establecerse, si en realidad se trataba de garantizar la autonomía judicial, sino en beneficio del sistema de justicia⁴, del cual -como ya ha quedado señalado- el Poder Judicial, entendido como el conjunto de los tribunales propiamente tales, no es más que una parte. Es obvio, pues, que al cumplir con la comentada disposición constitucional, los órganos que detentan la facultad real de diseñar el presupuesto y distribuir los recursos públicos podrían asignar efectivamente al Poder Judicial una proporción mucho menor de ese dos por ciento que señala la Constitución.

Así, pues, que lo que ha de significar esa visión ampliada del sistema de justicia y la definición de sus relaciones con el Poder Judicial tendrán que ir siendo precisados por los textos legales que dicte la Asamblea Nacional, así como por la práctica de los operadores de la justicia, cabe recordar aquí que en las disposiciones transitorias de la Constitución se encomienda a la Asamblea Nacional dictar la legislación referida al sistema de justicia, dentro del primer año posterior a su instalación.⁵ Por ahora, no cabría más que especular sobre posibles tendencias futuras. Nos referiremos, pues, en lo que resta de estas notas, al Poder Judicial propiamente tal, comenzando por el análisis de su órgano supremo.

⁴ Disposición intermedia del antes señalado artículo 254.

⁵ Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La Constitución de 1999 creó el Tribunal Supremo de Justicia, en sustitución de la Corte Suprema de Justicia. Se trata, fundamentalmente, de un cambio del nombre dado al máximo órgano judicial del país, pues desde el punto de vista teórico no hay ninguna diferencia entre un tribunal y una corte, no siendo esta última otra cosa que la denominación más usual dada a un tribunal colegiado. Un cambio más significativo había sido el operado por la Constitución de 1961, pues en ella la Corte Suprema de Justicia fue creada para sustituir a la Corte Federal y a la Corte de Casación, terminándose así con el sistema judicial bicéfalo previsto en la Constitución de 1953.

Este cambio de nombre se hizo efectivo a partir del 27 de diciembre de 1999, cuando aún no había entrado en vigencia la nueva Constitución - por no haber sido formalmente publicada, a pesar de haber resultado aprobada en el referendo del 15 de ese mismo mes-, por virtud del decreto contentivo del Régimen de Transición del Poder Público.⁶

Además de ese cambio de denominación, algunas modificaciones puntuales fueron introducidas en el régimen aplicable a este supremo órgano judicial, fundamentalmente en sus atribuciones, el número de salas que lo integran y la designación de los Magistrados.

I. Carácter y atribuciones

La primera constatación que podemos hacer en el nuevo texto constitucional en relación con el Tribunal Supremo de Justicia es la omisión de alguna disposición en la cual se consagre su carácter de órgano judicial supremo. En la Constitución de 1961, el artículo 211 declaraba expresamente:

“La Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República. Contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno.”

Esta omisión podría tener algunas consecuencias importantes. Ciertamente es que, a pesar de no estar consagrado en forma expresa, el carácter de órgano judicial supremo del Tribunal Supremo de Justicia se desprende inequívocamente, no sólo de su misma denominación, sino del contexto de este Capítulo III de la Constitución de 1999. En cambio, lo que puede prestarse a debate es la impugnabilidad de las decisiones tomadas por

⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 36.857 del 27-12-99 y reimpresso “por error material” en dos oportunidades ulteriores: el 29-12-99, mediante Gaceta Oficial N° 36.879, y tres meses después, el 28-3-00, mediante Gaceta Oficial N° 36.920.

este Supremo Tribunal, tanto las de índole administrativo como las de naturaleza jurisdiccional.

En efecto, una importantísima innovación del nuevo texto constitucional consiste en la atribución del gobierno y la administración del Poder Judicial al propio Poder Judicial, tal como se verá más adelante. Pues bien, esas funciones de carácter administrativo del Poder Judicial están asignadas concretamente al Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual a éste le corresponderá ser, además de un tribunal de justicia, un órgano administrador, en cuyo ejercicio deberá dictar numerosos actos administrativos. Pues bien, la organización que se establezca para el cumplimiento de estas funciones administrativas deberá ser diseñada de tal manera que contra tales decisiones puedan ser intentados los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Con el régimen anterior, los actos administrativos correspondientes al gobierno y administración del Poder Judicial emanaban de un órgano administrativo separado, el Consejo de la Judicatura, los cuales eran perfectamente recurribles ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁷ La asunción de tales funciones por parte de un tribunal, así sea el Tribunal Supremo de Justicia, no podrá tener como consecuencia modificar el carácter administrativo de los actos que se dicten en su ejercicio, actos que, en virtud del principio de la integralidad del control contencioso-administrativo, consagrado ahora en el artículo 259 de la Constitución, no podrán quedar excluidos del ámbito de dicho control, pues ello sería contrario a dicho principio constitucional.

Por lo que respecta a las funciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo de Justicia, se trata prácticamente de las mismas que tenía atribuida la extinta Corte Suprema de Justicia: conocer del antejuicio de mérito contra el Presidente de la República y otras altas autoridades, ejercer la jurisdicción constitucional, conocer del recurso de casación, ejercer la función de máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁷ El criterio jurisprudencial conforme al cual las sanciones disciplinarias dictadas contra jueces por el Consejo de la Judicatura no eran actos administrativos, sino jurisdiccionales, y excluidos por ende del control contencioso-administrativo, nunca fue unánime dentro de la Corte Suprema de Justicia y tuvo muy breve duración en el tiempo, como se verá más adelante. Igualmente, el intento del legislador de permitir la impugnabilidad sólo respecto de algunos actos disciplinarios (las destituciones) emanados del Consejo de la Judicatura, pero no de sanciones menores (suspensión, por ejemplo), también fue rápidamente superado por la Suprema Corte (sentencia del 6-8-91, en Pleno) al anular parcialmente el artículo 79 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, entendiendo que ningún acto administrativo podía escapar del control contencioso-administrativo, conforme al principio de la integralidad del control previsto en el artículo 206 de la Constitución de 1961, repetido prácticamente en forma idéntica en el artículo 259 de la Constitución de 1999.

Es respecto de las decisiones que el Supremo Tribunal dicte en ejercicio de estas funciones jurisdiccionales donde podrían suscitarse discusiones por lo que se refiere a su posible impugnabilidad. A ello haremos referencia al analizar la jurisdicción constitucional, pero, por de pronto, puede señalarse que, si la Constitución hubiera adoptado la fórmula europea del Tribunal Constitucional -supraordinado al resto de los tribunales, incluyendo al tribunal supremo ordinario-, ninguna sorpresa ni anomalía constituiría la revisabilidad de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia por parte de ese hipotético Tribunal Constitucional, tal como ocurre, por ejemplo, en Colombia, que adoptó en su última Constitución la figura del Tribunal Constitucional.

En cambio, el haber optado por un solo supremo tribunal en la cúspide del Poder Judicial pareciera descartar de plano la posibilidad de que las sentencias de ese Tribunal Supremo de Justicia -dictadas, claro está, en alguna de sus Salas, pues son éstas sus formaciones de decisión- puedan ser revisadas por ninguna otra instancia judicial venezolana, por definición todas inferiores a dicho Tribunal Supremo, y ni siquiera por alguna de sus Salas, pues todas ellas guardan entre sí -o deberían teóricamente guardarlo- el mismo nivel y autoridad. No obstante, la ausencia de una disposición expresa que, como lo hacía la Constitución de 1961, impida la impugnación de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia podría abrir la puerta a discusiones al respecto.

2. Integración en Salas

Es tradicional que el supremo tribunal en Venezuela, como en la mayoría de los países, funcione en cámaras o salas, órganos colegiados compuestos por varios o todos los integrantes de aquél, según los casos. En tal sentido, la Constitución de 1961 disponía que la Corte Suprema de Justicia funcionaría en salas, pero no determinaba cuántas salas habría, cuál sería su respectiva competencia ni cómo estarían integradas. La definición de todo ello quedaba bajo la responsabilidad del legislador, al cual el constituyente sólo le impuso la restricción de que cada sala debería tener, al menos, cinco Magistrados⁸. A título de régimen transitorio, se dispuso el funcionamiento provisional del para entonces nuevo órgano judicial en tres salas: la Sala Político-Administrativa, que venía prácticamente a sustituir la extinguida Corte Federal, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y la Sala de Casación Penal, continuadoras estas

⁸ Artículo 212 de la Constitución de 1961.

dos últimas de lo que anteriormente había sido la Corte de Casación (Disposición Transitoria Decimaquinta).

Este esquema organizativo permaneció casi idéntico con la entrada en vigencia -casi dieciséis años después, el 1° de enero de 1977- de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en cuyo artículo 24 se estableció que la Corte ejercería sus funciones en Pleno, en Sala Político-Administrativa, en Sala de Casación Civil y en Sala de Casación Penal. La Sala Federal, cuya creación por la respectiva ley orgánica estaba prevista en el propio texto constitucional, con el propósito de recibir algunas de las competencias de la Corte en Pleno),⁹ no fue creada en la referida ley, manteniendo ésta la fórmula de las tres salas especializadas, además del pleno, que podía ser considerada una cuarta sala. Se mantuvo igualmente el número de cinco magistrados para integrar cada sala especializada, lo que en su conjunto daba un total de quince magistrados para toda la Corte. Este número podía aumentar, sin necesidad de modificar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, puesto que ésta preveía, en su artículo 4, que el Congreso podía, mediante acuerdo, aumentar el número de magistrados, así como también podía ser incrementado de la misma forma el número de salas, redistribuyendo entre ellas las competencias.

Por su parte, la Constitución de 1999 sí precisa cuántas y cuáles son las salas que han de integrar el Tribunal Supremo de Justicia; en efecto, el artículo 262 dispone que éste funcionará en Sala Plena y en otras seis salas especializadas: la Constitucional, la Políticoadministrativa, la Electoral, la de Casación Civil, la de Casación Penal y la de Casación Social.

El mismo artículo sólo deja al legislador el cuidado de regular su integración y competencias. Sin embargo, la libertad del legislador se ve también restringida en este último punto, puesto que el propio texto constitucional ya define la competencia de cada una de ellas, de una manera más o menos precisa, según los casos. Así, el único aparte del mencionado artículo 262 determina que la Sala Social conocerá de la casación agraria, laboral y de menores; el artículo 297 atribuye a la Sala Electoral, así como a otros tribunales que determine la ley, la jurisdicción contenciosoelectoral; del artículo 259 se deriva claramente que a la Sala Políticoadministrativa, junto a otros tribunales que determine la ley, corresponde la jurisdicción contenciosoadministrativa; los artículos 266 y 334 atribuyen a la Sala Constitucional el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con las atribuciones que son precisadas en el artículo 336; el

⁹ Artículo 216, aparte único, Constitución de 1961.

aparte final del artículo 266 atribuye a la Sala Plena el antejuicio de mérito contra el Presidente de la República y otras altas autoridades nacionales y estatales.

En cuanto al número de magistrados que integran las salas, cabría pensar que la Constitución de 1999 es menos rigidizante que la de 1961, pues, mientras ésta obligaba al legislador a prever al menos cinco magistrados en cada sala, aquella no señala ningún número preciso, dejando a la ley entera libertad para hacer tal determinación. Sin embargo, conviene señalar algunas puntualizaciones al respecto. Por un lado, es bueno saber que la Asamblea Nacional Constituyente sí tuvo la intención de precisar la integración de las salas: en la primera discusión, fue aprobado que cada sala estaría integrada por tres magistrados, lo cual se modificó en la segunda discusión en relación con la Sala Constitucional, llevando este número a cinco; sin embargo, como lo señala Allan BREWER-CARÍAS, en el texto finalmente publicado fue eliminada de forma inexplicable toda precisión al respecto,¹⁰ quedando el tema, como antes se indicó, para ser regulado en la ley.

Las peculiaridades en este tema no quedaron allí. Como es sabido, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el 22 de diciembre de 1999 - es decir, antes de entrar en vigencia la Constitución, que sólo fue publicada el día 30 siguiente- el Régimen de Transición del Poder Público, destinado, según uno de sus "considerandos", a permitir la realización efectiva del proceso de transición hacia el régimen jurídico establecido en aquella. En dicho texto normativo fueron designados los magistrados del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, que habría de comenzar a funcionar a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional recientemente aprobado en referéndum. Pues bien, sin que del texto de dicho decreto pueda desprenderse alguna explicación al respecto, la Asamblea Nacional Constituyente designó cinco magistrados para la Sala Constitucional y tres para cada una de las cinco restantes salas especializadas, con lo cual el Tribunal Supremo de Justicia quedó integrado, en total, por veinte magistrados, que reunidos conforman la Sala Plena.

Es claro que esa integración no podría ser entendida sino como provisional, para durar mientras durara la transitoriedad que habría de terminar con la designación de las nuevas autoridades, en todos los niveles e

¹⁰ La información la ofrece Allan BREWER-CARÍAS en *La Constitución de 1999*. Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 132.

instancias del Poder Público, en un todo de acuerdo con el nuevo texto constitucional. En particular, la integración de las salas y la precisión de las atribuciones que, en su conjunto, conformarán la competencia de cada una de ellas, deben ser definidas en la ley que al respecto ha de dictar la Asamblea Nacional, ya instalada luego de las elecciones de julio de 2000.

Convendría, en el momento de elaborar ese texto legal sobre el Tribunal Supremo de Justicia, reexaminar el número tan reducido de magistrados asignados a las salas. Tres magistrados en cada una de ellas parece inconveniente, no sólo por las razones prácticas que a veces se han destacado en comentarios más o menos informales (aumento del congestionamiento del Máximo Tribunal, dado el número menor de jueces para tantas causas), sino por motivos más institucionales, dentro de los cuales cabe señalar la mayor credibilidad que en principio ofrecen las decisiones tomadas por cuerpos colegiados más numerosos. Esta es una de las razones más generalmente aducidas en otros países para conformar, en los niveles superiores del sistema judicial, tribunales con un número mayor de jueces

No obstante todo ello, la Asamblea Nacional procedió en el mes de noviembre de 2000 a designar, pretendiendo hacerlo de manera definitiva, cinco magistrados en la Sala Constitucional y tres en cada una de las otras cinco salas especializadas, es decir, repitiendo el mismo esquema de integración que en el Decreto de Transición del Poder Público, sin reparar que en dicho texto -apartando el hecho de que sus disposiciones sólo tenían una vigencia transitoria, que cesaría con la entrada en vigencia efectiva de las nuevas instituciones constitucionales- no se estableció ninguna norma de aplicación general y de carácter abstracto que indique cuál es el número de magistrados que integran las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia, sino que la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente de designar a determinadas personas como tales magistrados se tradujo en sendos actos de efectos particulares (aun cuando formalmente aparezcan como "artículos" de ese Decreto), con valor sólo para las designaciones específicas que se estaban efectuando en ese momento. La designación que ahora hizo la Asamblea Nacional carece absolutamente de base normativa, pues en ningún texto vigente se dispone que las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia deben estar integradas por tres magistrados cada una. A falta de tal disposición expresa, tendría que haberse aplicado, a título analógico o supletorio, la disposición contenida en la aún vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual son cinco los magistrados que integran las salas especializadas.

3. Los Magistrados

En relación con la escogencia misma y la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, importantes cambios fueron introducidos en el nuevo texto constitucional. Con ellos se pretende lograr un mayor rigor y una mayor transparencia en la selección de los integrantes del máximo órgano del sistema judicial, con la intención evidente de superar las críticas referentes a la falta de idoneidad o de imparcialidad que con alguna frecuencia se hacían en el pasado. El cumplimiento efectivo de las nuevas reglas constitucionales sobre este tema debería garantizar la selección de magistrados mejor formados, más competentes e idóneos, así como desligados de grupos o parcialidades.

En cuanto a las condiciones exigidas para el cargo, cabe observar que la Constitución derogada exigía como requisitos para optar al cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia ser venezolano por nacimiento, abogado y mayor de treinta años, pero autorizaba al legislador para añadir la condición de haber ejercido la profesión, la judicatura o el profesorado universitario en materia jurídica por determinado tiempo,¹¹; así efectivamente se previó en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señalándose diez años como el tiempo mínimo exigido, a lo que se añadió ser persona de reconocida honorabilidad y competencia y estar en pleno goce de sus derechos y facultades.¹²

Tales requisitos fueron ahora recogidos todos en el texto constitucional, salvo el de la edad, que en realidad permanece implícito, incluso con una mayor edad, dado que se aumentó a quince años el tiempo mínimo de ejercicio de la profesión de abogacía o de desempeño de la docencia universitaria en ciencia jurídica o en la carrera judicial; además, fueron aumentadas las exigencias referentes a las credenciales, pues en la docencia se requiere ser profesor titular y en la judicatura se exige haber sido juez superior en la especialidad correspondiente a la sala para la cual se postula.¹³ Además de tales exigencias, más rigurosas que para el pasado, expresamente se autoriza al legislador para añadir condiciones adicionales.

También se prevé un régimen más complejo en lo que se refiere a las postulaciones y forma de designación de los magistrados. Mientras que en la Constitución anterior estaba previsto simplemente que la elección

¹¹ Artículo 213 de la Constitución de 1961.

¹² Artículo 5 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

¹³ Artículo 263 de la Constitución actual.

se haría por las Cámaras legislativas en sesión conjunta, para un período de nueve años, con posibilidad de reelección,¹⁴ la Constitución actual prevé que la elección se hará para un único período de doce años (lo que impide la reelección), según un procedimiento que deberá ser determinado por la ley.¹⁵ Ya en el texto constitucional son señalados los rasgos principales de este complejo procedimiento que habrá de ser regulado por la ley: debe ser constituido un Comité de Postulaciones Judiciales (cuya naturaleza y cometidos están previstos en el artículo 270, que remite a la ley en lo referente a su integración, aun cuando ya le impone a la Asamblea Nacional la obligación de prever que los miembros de dicho Comité sean “representantes de los diferentes sectores de la sociedad”), ante el cual serán postulados los candidatos a magistrados, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica; este Comité deberá oír la opinión de la comunidad, luego de lo cual efectuará una preselección de candidatos; esta primera lista de preseleccionados será presentada al Poder Ciudadano (debe entenderse que es al Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República), el cual efectuará una nueva preselección; la segunda lista de preseleccionados será presentada a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva.

Es evidente que se requería que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia antes de que proceder a la elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. La complejidad del procedimiento de postulación y selección así lo exigía, como también se hacía necesario que en forma previa se estableciera legalmente la forma de integración de las diferentes salas, dado que, tal como se destacó precedentemente, el número de magistrados que actualmente tienen las salas es el producto de una decisión transitoria que ni siquiera previó en forma abstracta el régimen de la integración (número de titulares, suplencias, mayorías...) de las salas.

No obstante ello, la Asamblea Nacional procedió a realizar la selección y designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplir con esa necesaria tarea previa de legislar al respecto. La discusión en torno al asunto fue seguida por todo el país, que observó al final cómo prevaleció el propósito de proceder a tal designación sin un texto legal que previamente hubiera definido las reglas sobre la materia. Se pudo observar asimismo cómo la disposición constitucional sobre la integra-

¹⁴ Artículos 214 de la Constitución de 1961 y 4 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁵ Artículo 264 de la Constitución vigente.

ción del Comité de Postulaciones Judiciales fue claramente desconocida, al no haber éste quedado integrado por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad”, sino mayoritariamente por diputados de el Asamblea Nacional. Así, el mecanismo de la postulación -que conceptualmente requiere de una autoridad postulante diferente a la autoridad decisora- quedó totalmente desvirtuado. La tan deseada transparencia en la selección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia tendrá que esperar a que existan las condiciones para que el texto constitucional sea efectivamente respetado y cumplido.

En otro orden de ideas, debe señalarse que una importante innovación introducida en la Constitución de 1999 es la posibilidad de la destitución de los magistrados. A diferencia del régimen anterior, donde no se contemplaba nada al respecto, el artículo 265 de la nueva Constitución autoriza a la Asamblea Nacional para remover (*rectius*, destituir) a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por faltas graves previamente calificadas por el Poder Ciudadano, mediante decisión adoptada previa audiencia del interesado y por la mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea.

III. LAS JURISDICCIONES ESPECIALES

Cabe reseñar también como una novedad la previsión constitucional de numerosas jurisdicciones especiales, al lado de la jurisdicción ordinaria. En la Constitución anterior, tan sólo aparecía claramente definida la jurisdicción especial contencioso-administrativa, pero ahora están previstas un número significativamente mayor, sin que pueda por ahora afirmarse que se trata de un avance positivo o de una complicación innecesaria.

Las distintas jurisdicciones especiales -justicia de paz, jurisdicción contencioso-administrativa, justicia indígena, jurisdicción penal militar- están previstas en la Sección Primera, correspondiente a las Disposiciones Generales, del capítulo destinado al Poder Judicial y al sistema de justicia. Además de ellas, en otras disposiciones de la Constitución, se encuentran referencias a otras jurisdicciones especiales: la jurisdicción constitucional, la jurisdicción disciplinaria judicial, la jurisdicción contencioso-electoral y la jurisdicción laboral. Todo lo relativo a las jurisdicciones especiales, así como cuanto se refiere a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales, será regulado por la ley, en cuanto no esté previsto en la Constitución.¹⁶

¹⁶ Artículo 261, aparte único.

Las referidas jurisdicciones especiales serán mencionadas a continuación en ese orden, sin que éste tenga ninguna connotación en relación con la importancia relativa de las mismas.

I. La justicia de paz

La justicia de paz, creada ya bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y regulada mediante la Ley Orgánica de Justicia de Paz, adquiere ahora rango constitucional, pues se encuentra formalmente consagrada en el artículo 258 de la nueva Constitución.

En dicha disposición no se hace ninguna indicación acerca de las características que ha de tener esta justicia de paz, por lo que se refiere a sus funciones y finalidades. No obstante, el mismo artículo, en su aparte único, contiene una exhortación al legislador en orden a que promueva “el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. De ello pudiera hacerse derivar que la justicia de paz, más que una verdadera y propia jurisdicción, está concebida por el constituyente como una fórmula alternativa de solución de controversias. En todo caso, mientras no se dicte una nueva ley sobre la materia, se mantendrá en vigencia la actual Ley Orgánica de Justicia de Paz, en cuanto no contradiga las disposiciones de la nueva Constitución, de acuerdo con el principio contenido en la Disposición Derogatoria Única de esta última.

Conviene aquí poner de relieve que en el nuevo diseño constitucional, la justicia de paz ha sido atribuida expresamente al Municipio como una de sus competencias propias,¹⁷ a pesar de que, como regla de principio, la organización y administración de la justicia son de la competencia del Poder Nacional.¹⁸ En todo caso, el régimen aplicable a la justicia de paz habrá de ser establecido por una ley nacional.¹⁹ Es de señalar que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo se había pronunciado en alguna oportunidad sobre la naturaleza de la jurisdicción de paz, entendiéndola como verdaderamente jurisdiccional, pero aclarando que la competencia que respecto de ella incumbía a los Municipios no tenía ese carácter jurisdiccional, sino sólo administrativo, restringida como estaba a asegurar las condiciones materiales de actuación de los Jueces de Paz.

¹⁷ Artículo 178, numeral 7.

¹⁸ Artículo 156, numeral 31.

¹⁹ Artículo 178, numeral 7.

En lo referente a las características orgánicas de este servicio, el nuevo texto constitucional señala que los jueces de paz “serán elegidos (--) por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley”.²⁰ Se mantiene de esa forma esta peculiaridad de la justicia de paz, ya presente en el régimen actualmente vigente. Ahora el carácter electivo de los jueces de paz tiene rango constitucional y no podría ser eliminado en una eventual reforma que se hiciera a la legislación actual sobre la materia. Se trata, pues, de los únicos jueces que no han de ser designados, sino electos; por fuerza tendrán que serles aplicables, desde luego, las reglas sobre la revocabilidad de “los cargos y magistraturas de elección popular”, contenidos en el artículo 72 de la Constitución, consagradorio del referéndum revocatorio.

2. La jurisdicción contencioso-administrativa

Como es sabido, en la Constitución de 1961 se produjo la constitucionalización del contencioso-administrativo venezolano; tal inclusión expresa en el texto constitucional, que contó con el impulso de connotados administrativistas del momento, como SAYAGUÉS LASO y MOLES CAUBET, no ocurría con las otras jurisdicciones que ahora consagra la nueva Constitución.

El célebre artículo 206 del texto constitucional ahora derogado contenía las bases orgánicas y funcionales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que ahora han sido literalmente reproducidas en el artículo 259 de la Constitución de 1999. La única modificación consiste en la adición de la frase “conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos”, dentro de las competencias expresamente asignadas a esta jurisdicción especial, al lado de las potestades anulatorias, indemnizatorias y restablecedoras que se mantienen inalteradas. Por lo demás, la frase añadida no parece haber incrementado significativamente las competencias contencioso-administrativas, pues el conocimiento de reclamos por la prestación de servicios públicos se encontraba implícito en las otras competencias expresamente asignadas.

En consecuencia, la referida disposición no obligaría *per se* a introducir mayores cambios en el sistema contencioso-administrativo, los cuales en cambio podrían venir condicionados o justificados por otras disposiciones de la nueva Constitución. Un ejemplo de ello podríamos verlo en la reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que

²⁰ Artículo 258.

desaplicó la disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual contra las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo dictadas en primera instancia no se oye recurso alguno, por considerarla contraria al principio de la recurribilidad de las sentencias declaratorias de culpabilidad contenido en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, así como en la Convención Americana sobre Derecho Humanos;²¹ independientemente de lo discutibles que pudieran ser los fundamentos del fallo²², de mantenerse este criterio, todo el esquema de distribución de competencias dentro del sistema contencioso-administrativo habrá de ser modificado, pues son frecuentes los casos en que, de acuerdo con la ley, el tribunal conoce en primera y única instancia. Es el caso, en particular, de la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, que tiene atribuidas numerosas e importantes competencias en única instancia, que -a juzgar por el criterio adoptado en la sentencia comentada- serían violatorias del derecho a la doble instancia.

3. La justicia indígena

La Constitución de 1999 concede especial atención a los pueblos indígenas, a quienes consagra el Capítulo VIII del título destinado a los derechos, deberes y garantías constitucionales. En él se hace hincapié en el reconocimiento de la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, de su organización social, política y económica y de sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones,²³ al mismo tiempo que se insiste en su condición de elemento integrante de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano.²⁴

Coherentemente con esa posición, en el artículo 260 se reconoce el derecho que los pueblos indígenas tienen de aplicar instancias de justicia propias, con base en sus tradiciones ancestrales, según sus propias normas y procedimientos. Las condiciones establecidas para ello, según el texto del citado artículo, son las siguientes:

²¹ SC-TSJ de fecha 14-3-00. Consultada en la página web Badell & Grau (<http://www.badellgrau.com>).

²² Es de hacer notar que el criterio no es unánime, pues la sentencia cuenta con un voto salvado.

²³ Artículo 119.

²⁴ Artículo 126.

- a- Que sean aplicadas por las autoridades legítimas de dichos pueblos.
- b- Que sólo afecten a sus integrantes.
- c- Que no sean contrarias a la Constitución, a la ley y al orden público.

La disposición constitucional confía a la ley la regulación de la forma en que habrá de coordinarse esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Es de resaltar que la regulación misma de la justicia indígena corresponde a los propios pueblos indígenas y que la ley nacional sólo podrá establecer mecanismos de coordinación entre aquélla y el resto del sistema.

4. La jurisdicción penal militar

En el artículo 261, la Constitución hace importantes precisiones en relación con la naturaleza, cometido y organización de la jurisdicción militar. Con tales precisiones, es de esperar que queden resueltos muchos de los frecuentes conflictos de interpretación que han tenido lugar en las relaciones recíprocas entre la justicia militar y el sistema judicial ordinario.

Por lo que respecta a la naturaleza y cometido de esta jurisdicción, en el texto constitucional queda determinado con precisión, por una parte, que se trata de una verdadera jurisdicción, la cual forma parte del Poder Judicial; y, por otra, que constituye una jurisdicción penal, con lo que no habrá lugar a sostener —como en ocasiones se ha pretendido sostener— que también a ella corresponde el régimen disciplinario, de indudable naturaleza administrativa.

Es importante también la precisión referente al ámbito de competencia propio de los tribunales penales militares: será la ley la que determine tal competencia, pero teniendo siempre presente que la misma ha de quedar limitada a los delitos de naturaleza militar, quedando expresamente reservados a los tribunales ordinarios la investigación y el juzgamiento de los delitos comunes, las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. Dicho sea de paso, el texto constitucional introduce la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de las graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes de guerra, los cuales quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.²⁵

²⁵ Artículo 29.

Por lo que se refiere a la organización y modalidades de funcionamiento de esta jurisdicción especial, su regulación queda deferida al Código Orgánico de Justicia Militar, pero la Constitución precisa que los mismos han de regirse por el sistema acusatorio.

5. La jurisdicción constitucional

Esta jurisdicción está llamada, sin duda alguna, a adquirir una importancia trascendental en el marco de la organización y funcionamiento del Estado venezolano. No es que bajo la vigencia de la Constitución de 1961 no existiera una jurisdicción constitucional, pero ciertamente la misma no estaba perfectamente definida en sus contornos propios y en su alcance, al punto de que, por momentos, podía ser confundida con la jurisdicción contencioso-administrativa; además, a pesar de la gran amplitud con la que estaba consagrada la justicia constitucional venezolana, la más destacada doctrina ha podido advertir diversas fallas de que adolecía, tanto en su efectividad como en su racionalidad,²⁶ las cuales han intentado ser corregidas en el nuevo texto constitucional.

Resulta curioso observar que, a pesar de tratarse de una jurisdicción especial y, quizá, la más importante de todas ellas, esta jurisdicción constitucional no se encuentra consagrada expresamente en el capítulo de la Constitución en donde lo están las jurisdicciones especiales anteriormente examinadas, dentro de las disposiciones destinadas al Poder Judicial, sino en el primero de los capítulos del título correspondiente a la protección de la Constitución.

Allí, luego de establecer el principio de la inderogabilidad de esta última por acto de fuerza o por cualquier otro medio diferente a los en ella previstos,²⁷ se definen los dos grandes mecanismos de control de la constitucionalidad: el denominado control difuso, atribuido a todos los jueces de la República -mecanismo de control que por primera vez ostenta rango constitucional, ya que tradicionalmente estuvo consagrado en el Código de Procedimiento Civil,²⁸ y el control concentrado, reservado en exclusiva a “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional”, a los efectos de declarar la nulidad

²⁶ Jesús María CASAL: : *Constitución y Justicia Constitucional*. UCAB, Caracas, 2000, pp. 75 y 76.

²⁷ Artículo 333.

²⁸ Artículos 334, primer aparte, de la Constitución y 20 de dicho Código de Procedimiento Civil.

por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley.

Optó, pues, el constituyente de 1999 por la solución de la Sala Constitucional dentro del Supremo Tribunal, en lugar de la fórmula más radical de un Tribunal Constitucional, que fue la consagrada en la Constitución de 1991 en Colombia, siguiendo el ejemplo de varios países europeos (Alemania, Francia, España, entre otros). Se adoptó así el esquema de la sala especializada pero ubicada dentro del supremo tribunal ordinario, propuesto por varios especialistas,²⁹ inspirándose en el ejemplo de algunos países latinoamericanos, como Costa Rica y El Salvador.

La creación de un órgano judicial especializado en la materia constitucional obliga a aclarar la diferencia entre lo que podría denominarse, respectivamente, la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. La primera está integrada por los diversos mecanismos judiciales mediante los cuales se pretende lograr la integridad y supremacía de la Constitución; entendida así, la justicia constitucional consagrada en el Supremo Texto de 1999 está constituida por los dos mecanismos antes mencionados -control difuso y control concentrado-, además del amparo constitucional, mecanismo judicial de carácter subjetivo, destinado a proteger a las personas en el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.³⁰

Por su lado, la jurisdicción constitucional está integrada sólo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como lo señala el ya mencionado artículo 334, último aparte, de la Constitución.³¹ En dicha Sala no se encuentran concentrados todos aquellos mecanismos judiciales de control y protección constitucional; el único que le está reservado en exclusiva es, como antes se indicó, el control concentrado para anular las leyes y actos de rango análogo. En cambio, los otros dos tipos de mecanismos pueden ser ejercidos por otros tribunales: la desaplicación de normas inconstitucionales por vía de control difuso corresponde a todos los tribunales del país, independientemente de su competencia natural y de su rango, mientras que el amparo puede ser ventilado por

²⁹ Entre otros, Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS: "El órgano de control constitucional y su reforma", *V Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, 1977; y Carlos AYALA CORAO: "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

³⁰ Artículo 27.

³¹ Ver también el artículo 266, numeral 1 t aparte último, de la Constitución vigente.

ante cualquier tribunal que la ley declare competente para ello, que hoy en día son, por regla de principio, los tribunales de primera instancia en la materia afín al derecho cuya violación se denuncia (artículo 7, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.³²

Ahora bien, la innovación importante introducida en la Constitución de 1999 estriba en la previsión de diferentes mecanismos a través de los cuales puede lograrse imponer coherencia, por intermedio de la Sala Constitucional, dentro de nuestro complejo sistema de justicia constitucional. Así, dicha Sala tiene atribuida la facultad de revisar las sentencias de amparo y de control de constitucionalidad de leyes y otros actos normativos;³³ con ello, además de ya tener asignado en exclusiva el control concentrado, se le ha atribuido un poder de revisión -cuyo alcance y modalidades deberán ser diseñados por la ley orgánica respectiva- sobre las sentencias que los demás tribunales dicten en ejercicio de los otros dos mecanismos de control de constitucionalidad. De esta manera se llena un vacío antes existente, consistente en la falta de articulación entre dichos mecanismos, susceptible de generar inseguridad respecto de la interpretación uniforme de las disposiciones constitucionales.³⁴ Ello se ve reforzado con el carácter vinculante que se otorga -frente a los restantes tribunales de la República, incluyendo las otras Salas del Supremo Tribunal- a las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales.³⁵

Tenemos así una jurisdicción constitucional, integrada por la Sala Constitucional, que no constituye el intérprete único de la Constitución, pero sí su intérprete máximo, carácter que, unido a su competencia exclusiva en materia de control concentrado, garantiza la integridad e interpretación coherente del Texto Supremo.

Un comentario especial merece la facultad revisora de las sentencias de amparo y de control de constitucionalidad de leyes y otros actos normativos que la Constitución atribuye a esta Sala. Por un lado, debe señalarse que en el texto originalmente publicado de la Constitución aprobada

³² Para la interpretación que la Sala Constitucional del Supremo Tribunal ha hecho de las reglas legales sobre competencia para conocer de los amparos, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales, *vid* sentencia de fecha 20-1-00, en el caso Emery Mata Millán; en la sentencia de fecha 14-3-00, caso Elecentro, se hizo alguna precisión al respecto.

³³ Artículo 334, numeral 10.

³⁴ Sobre este punto, *vid* Jesús María CASAL: *Opus cit.*, pp. 82 y ss.

³⁵ Artículo 335, aparte único.

mediante referéndum popular en diciembre de 1999³⁶ esta potestad se encontraba definida en los siguientes términos:

“10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.”

En cambio, en el texto vuelto a publicar en marzo de 2000, pretextando un “error material del ente emisor”,³⁷ se añade la expresión “definitivamente firmes” luego de la palabra “sentencias”. Antes que nada, es necesario insistir en la necesidad de suprimir en forma radical la absolutamente criticable práctica de modificar el texto de actos debidamente aprobados y publicados en su momento, mediante el expediente de republicarlos alegando que se están corrigiendo errores materiales; la publicación en Gaceta Oficial busca dar certeza a la fecha y contenido de los actos, por lo que permitir la manipulación de este instrumento de publicidad oficial es desnaturalizar la función que le es propia. En este caso, el resultado de la aplicación de esa reprochable práctica ha provocado, como es sabido, un gran escándalo, dada la extrema gravedad de haberse producido por su intermedio la modificación -nada menos- del Texto Fundamental de la República, cuya modificación -como una manifestación del principio de la primacía formal de la Constitución- no podría lograrse sino por medio de uno de los tres complejos mecanismos regulados en el Título IX de la propia Constitución en forma taxativa: la enmienda, la reforma o la Asamblea Nacional Constituyente; resulta a todas luces un despropósito admitir que ese texto fundamental, aprobado mediante referéndum popular, haya podido ser modificado por medio de este, absolutamente simple y carente de todo control, mecanismo dejado al cuidado de un desconocido funcionario administrativo, como lo es el Director de la Imprenta Nacional.

No hay ninguna duda de que la frase añadida al texto original constituye una modificación de fondo, pues se erige en una limitación al tipo de decisiones que pueden ser objeto de revisión: sólo las definitivamente firmes. Respecto del valor jurídico que a tal modificación pudiera acordarse, ha señalado el constitucionalista Jesús María CASAL lo siguiente:

³⁶ Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

³⁷ Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

“(...) el texto aprobado por el pueblo mediante referéndum no incluyó tal limitación, por lo que ha de prevalecer la versión publicada el 30 de diciembre de 1999. Esto implica que corresponde a la ley orgánica de la jurisdicción constitucional determinar la clase de sentencias que se encuentra sujeta a la potestad revisora contemplada en el numeral 10 del artículo 336.”³⁸

También es necesario hacer referencia brevemente a la discusión que ha suscitado la previsión constitucional sobre esta potestad revisora de la Sala Constitucional en lo que respecta a las decisiones de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Ciertamente es que en el texto constitucional se acuerda valor vinculante a las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el alcance y contenido de las normas y principios constitucionales, tanto por lo que respecta a los demás tribunales de la República como en relación con las otras Salas del Supremo Tribunal.³⁹ En cambio, al definir la potestad revisora que se comenta, la Constitución se refiere a los tribunales de la República, sin hacer mención expresa a las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Sólo fue en la sobrevenida Exposición de Motivos, publicada junto con el texto “corregido por error material” en marzo de 2000, donde trató de incluirse -no con carácter explicativo de una norma efectivamente contenida en el proyecto de Constitución, como sería lo propio de un documento denominado “exposición de motivos”, sino con un carácter pretendidamente preceptivo, que, tal como está redactada, imparte una orden al legislador- una disposición en la que se prevé que

“la ley orgánica deberá consagrar un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya previamente fijado la Sala Constitucional (...)”

Ello resultaría cónsono con la afirmación hecha en la misma Exposición de Motivos, cuando se dice que la Constitución dotó a la Sala Constitucional del carácter y de las competencias que tiene en derecho comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional. Efectivamente, un Tribunal Constitucional, como el español o el colombiano, para no citar sino esos dos ejemplos, siendo un tribunal distinto del supremo tribunal ordinario, supraordinado a éste y al resto de los tribunales, tiene aptitud para revisar la constitucionalidad de las sentencias dictadas por todos ellos. En cambio, al actuar una Sala de un tribunal, es el tribunal el que

³⁸ CASAL: *Op. cit.*, p. 35.

³⁹ Artículo 335.

está actuando, por lo que no podría otra Sala del mismo tribunal volver sobre las propias decisiones de éste. Al optar el constituyente de 1999 por la solución de una sala especializada dentro del Tribunal Supremo de Justicia, desechando la otra posible opción, la del Tribunal Constitucional, se insertó dentro de un esquema que, al menos teóricamente, impediría la revisión planteada en la Exposición de Motivos. Era la propia Constitución, aprobada por el pueblo soberano, el lugar para insertar esta anómala figura, y no un documento elaborado en fecha posterior, de carácter no normativo sino explicativo, que no sometido a la consideración del soberano.

En todo caso, debe señalarse que, aún sin esperar a lo que se supone tendría que haber sido una tarea a realizar por la Asamblea Nacional, según la exhortación hecha en la mencionada Exposición de Motivos, la Sala Constitucional ya ha ido creando, tramitando y decidiendo un “recurso extraordinario de revisión”, mediante el cual ha procedido a revisar e, incluso, anular sentencias de otras Salas del mismo Tribunal Supremo de Justicia.⁴⁰

6. La jurisdicción disciplinaria judicial

Además de esas jurisdicciones especiales, en la Sección Tercera de este Capítulo III, correspondiente al Gobierno y la Administración del Poder Judicial, está prevista la jurisdicción disciplinaria judicial. Efectivamente, en el artículo 267, luego de disponerse que la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial corresponden al Tribunal Supremo de Justicia, se establece textualmente lo siguiente:

“La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.”

A ello se añade en el siguiente párrafo:

“El régimen disciplinario de los magistrados (...) y jueces (...) estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano (...), que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.”

Las disposiciones antes transcritas tocan uno de los asuntos resaltantes dentro del debate referente a la reforma del Poder Judicial venezolano. Según se ha querido mostrar ante la opinión pública, los mayores defec-

⁴⁰ Ver, entre otras, sentencias N° 33 y 93 del año 2000; en esta última (caso CORPOTURISMO), se hace una especie de reseña de los criterios adoptados en relación con este recurso Extraordinario de revisión.

tos de esta organización se deben a la extrema incompetencia, a la ignorancia inexcusable y a la corrupción de los jueces. De allí que las primeras y más publicitadas medidas adoptadas en vista de la anunciada reforma judicial han estado referidas a procedimientos disciplinarios y sanciones, destinadas a “sanear” el Poder Judicial...

Las disposiciones antes transcritas introducen una notable innovación en el sistema institucional venezolano. Hasta ahora, la potestad disciplinaria respecto de los jueces estaba atribuida a un órgano administrativo: el Consejo de la Judicatura, al cual estaba confiada la administración del Poder Judicial y, expresamente, de acuerdo con el texto constitucional de 1961, “la disciplina y el decoro de los Tribunales”.⁴¹

En la Constitución de 1999, como ya se ha señalado, el gobierno y la administración del Poder Judicial han sido confiados al Tribunal Supremo de Justicia, eliminándose al mismo tiempo ese órgano administrativo dotado de autonomía funcional que era el Consejo de la Judicatura. Con ello cabría pensar que todas estas funciones de naturaleza indudablemente administrativa han sido judicializadas, pues ahora pasan a ser ejercidas por un tribunal. No obstante, la propia disposición constitucional se encarga de prever lo siguiente:

“Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo de Justicia en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.”

Ello quiere decir que, si bien la Constitución quiso dejar el gobierno y la administración del Poder Judicial dentro de este mismo poder, confiándolo al Máximo Tribunal, sin embargo estimó conveniente que tales funciones administrativas no fueran ejercidas directamente por los magistrados encargados de la función jurisdiccional de dicho tribunal, a través de sus Salas, sino por un órgano administrativo -como antes lo era el Consejo de la Judicatura-, sólo que ahora este nuevo órgano administrativo no será un órgano dotado de autonomía funcional, separado e independiente de todos los demás poderes, como ocurría con el Consejo de la Judicatura, sino que será un órgano administrativo dependiente del Tribunal Supremo de Justicia. Dicho de otro modo, los Magistrados de éste no tendrán el ejercicio directo de las funciones administrativas inherentes al gobierno y la administración del Poder Judicial, sino que tendrán la vigilancia y supervisión de las mismas, en los términos que se

⁴¹ Artículo 217 de la Constitución derogada.

determinen en el acto de creación de dicha Dirección Ejecutiva de la Magistratura y, eventualmente, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En cambio, la potestad disciplinaria sobre los jueces -que anteriormente se encontraba comprendida conjuntamente con las restantes funciones administrativas inherentes al gobierno y administración del Poder Judicial, confiadas, como se ha señalado, al Consejo de la Judicatura- ha sido segregada de este conjunto, para no confiarla al Tribunal Supremo de Justicia, ni a él directamente ni en forma indirecta, por intermedio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Ahora serán verdaderos tribunales los que tendrán a su cargo la disciplina judicial. Será la ley la que determinará las características propias de los tribunales que han de conformar esta nueva jurisdicción. El propio texto constitucional no aporta ninguna otra orientación al respecto, salvo por lo que se refiere a la designación de los titulares de dichos tribunales, asunto sobre el cual dispone que serán unos colegios electorales judiciales -asesorados en esta tarea por el mismo Comité de Postulaciones Judiciales que actúa en la selección de candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia- quienes se encargarán de la "elección" de los jueces de la jurisdicción disciplinaria,⁴² dando a entender que la selección de estos jueces se hará de una manera diferenciada a aquélla destinada a los demás jueces, a la que se alude en el artículo 255 de la misma Carta Magna.

Ahora bien, sentado que se trata de verdaderos tribunales, es preciso destacar que a los mismos ha sido atribuida, no una función jurisdiccional, sino una función típicamente administrativa. Así se desprende del análisis formulado por la más connotada doctrina administrativa española, conforme a la cual el *ius puniendi* estatal asume dos manifestaciones posibles: la de la vía judicial penal, conformada por las penas aplicables por los jueces penales a los delitos, y la de la vía administrativa, constituida por las sanciones aplicables por autoridades administrativas dotadas de potestad sancionatoria a las infracciones administrativas.⁴³ En el mismo sentido se ha pronunciado en forma reiterada la jurisprudencia patria.

Efectivamente, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia del 11-5-80, al analizar la naturaleza jurídica de los actos sancionatorios disciplinarios dictados por establecimientos públicos corpo-

⁴² Artículo 270.

⁴³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo II*, -Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, pp. 166 y ss.

rativos (en el caso, era el Tribunal Disciplinario del Colegio de Ingenieros de Venezuela), luego de referir la posición del contencioso francés - que los considera actos jurisdiccionales, actuando una competencia represiva, por lo que no procede contra ellos el recurso por exceso de poder, sino el recurso de casación para ante el Consejo de Estado- rechaza tal posición para el ordenamiento venezolano, y concluye señalando que en este caso se trata de actos administrativos, en atención a los órganos administrativos que los dictan.⁴⁴

En otras oportunidades, la misma Corte (sentencia del 26-5-83) ha insistido en el carácter administrativo de los actos emanados de los tribunales disciplinarios de los organismos profesionales,⁴⁵ aunque poniendo énfasis para ello igualmente en el hecho de que dichos organismos son, ellos mismos, de naturaleza administrativa.

En cambio, donde sí hubo lugar a analizar con profundidad la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la función que se ejerce mediante la potestad disciplinaria, en sí misma, fue en el conocido caso Ruiz Becerra.⁴⁶ Como es sabido, en este caso se trataba de la destitución impuesta a un juez por el Consejo de la Judicatura, por razones disciplinarias; el Máximo Tribunal se declaró incompetente para conocer del recurso de nulidad interpuesto contra dicha destitución, basándose para ello en la consideración de que las decisiones disciplinarias dictadas por el Consejo de la Judicatura no son actos administrativos sino sentencias de carácter jurisdiccional, similares a las que podrían dictar los tribunales de la República. Ese criterio fue sostenido con base en la argumentación de que el Consejo de la Judicatura era un “órgano complejo”, al cual estaban atribuidas simultáneamente funciones de índole normativa, administrativa y jurisdiccional, siendo las de este último carácter, precisamente, las referentes a la potestad disciplinaria sobre los jueces, aunque en la sentencia no se hacía ningún razonamiento de fondo dirigido a justificar ese pretendido carácter jurisdiccional asignado en ella al poder disciplinario, salvo alguna superficial alusión a la delicada tarea de “juzgar a los hombres” y la expresa referencia al sistema francés, donde las

⁴⁴ Extracto consultado en Caterina BALASSO TEJERA: *Jurisprudencia sobre los actos administrativos (1980-1993)* Edit. Jurídica Vzlna. Caracas, 1998, pp. 63-66.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁶ CSJ-SPA, 26-3-85. *Ibidem*, pp. 67 a 102. En sentencias anteriores, de 1969 1974, había declarado inadmisibles recursos contra actos del Consejo de la Judicatura, por considerarlos fallos o sentencias y que la materia disciplinaria es un ejercicio de la función jurisdiccional (Cfr. José ARAUJO JUÁREZ: *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hnos. Caracas, 1996, p. 155)

decisiones disciplinarias dictadas por el Consejo Superior de la Magistratura son recurribles en casación por ante el Consejo de Estado, de lo que -según se afirma- se deriva su carácter jurisdiccional.

El referido criterio -no unánime, pues contó siempre con dos votos salvados, uno de los cuales, el de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, fundamentaba el desacuerdo en la naturaleza administrativa de la función disciplinaria, citando en apoyo a tal posición connotados autores extranjeros, como Montoro y Zanobini- fue sostenido por el Máximo Tribunal durante un período relativamente breve, pues en agosto de 1991⁴⁷ modificó expresamente su apreciación al respecto, al declarar que “el Consejo de la Judicatura es un órgano de naturaleza administrativa y que esa misma naturaleza tienen todas las atribuciones que ejerce, incluidas las que realiza en función disciplinaria”. De esa manera, hizo coherente su posición general respecto de la naturaleza de la potestad disciplinaria, pues siempre había mantenido -incluso durante el período antes referido, inaugurado con la sentencia Ruiz Becerra- que los actos dictados por los jueces en ejercicio de la potestad disciplinaria de la que están investidos son decisiones de carácter administrativo.⁴⁸

La doctrina venezolana también se ha pronunciado sobre el carácter administrativo, y no jurisdiccional, de la potestad disciplinaria. Así, José ARAUJO JUÁREZ cita al connotado autor italiano ALESSI para sustentar tal carácter administrativo y afirma que es

“la ausencia de claridad sobre la naturaleza de la potestad disciplinaria (...) lo que ha llevado a nuestra jurisprudencia al mismo error de confusión entre la función administrativa represiva y la función jurisdiccional y, lo que es peor aún, a sostener (...) que el ejercicio de la potestad disciplinaria es una función jurisdiccional”.

En particular, pone de relieve este autor la inconsistencia de esa jurisprudencia con la posición por ella sostenida simultáneamente respecto del carácter administrativo de la función disciplinaria cuando se trata de los jerarcas de la Administración, del Congreso y los jueces quienes la ejercen.⁴⁹

En igual sentido, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ aclara que la potestad disciplinaria, aunque cercana a la función punitiva del Estado que da origen a la pena criminal y al Derecho Penal en general, mantiene su

⁴⁷ CSJ-SPA, 6-8-91, en el caso Iván Hernández Gutiérrez. *Ibidem*, pp. 104 a 112.

⁴⁸ CSJ-SPA, del 30-6-86, en el caso Maritza Josefina Alvarado. *Ibidem*, pp. 100-102.

⁴⁹ José ARAUJO JUÁREZ: *Opus cit.*, pp. 204-205.

autonomía respecto de esta última; precisa esta autora que la potestad sancionatoria es la que deriva de la “transgresión de cualquier tipo de deber administrativo”, que opera ante la Administración, siendo ésta titular de los intereses protegidos frente a la posible agresión de un particular que, en caso de hallarse en una situación de sujeción especial, da lugar a un vínculo que otorga a aquélla mayores facultades de vigilancia y control sobre la conducta del administrado, a lo cual se denomina potestad disciplinaria.⁵⁰ En similar sentido, Rosibel GRISANTI BELANDRIA coincide con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ cuando

“aclaran (...) que, en el caso de las sanciones administrativas de autoprotección dentro de las cuales incluyen las sanciones disciplinarias, estamos ante lo que ellos llaman autotutela reduplicativa o en segunda potencia”,

con lo cual se destaca su índole puramente administrativa.⁵¹

En definitiva, la tendencia mayoritaria apunta hacia la caracterización de la potestad disciplinaria como una de naturaleza administrativa, por la evidente razón de que ella se presenta como un instrumento mediante el cual la Administración tiende a mantener la integridad y el buen funcionamiento de su propia organización; de allí que los sujetos a ella sometidos no sean cualesquiera administrados, sino sólo las personas integrantes o miembros del cuerpo administrativo de que se trate o, cuando mucho, por un proceso extensivo, los usuarios del servicio, cuya disciplina se presenta también como una exigencia del funcionamiento regular del mismo.⁵²

Esa es quizá la razón por la cual tradicionalmente en Venezuela, salvo períodos muy breves, la disciplina de los jueces ha estado confiada a órganos administrativos: el Consejo Judicial, previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956, y luego el Consejo de la Judicatura, previsto en la Constitución de 1961 y creado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1969.⁵³ En esos otros breves períodos, eran los propios jueces -por principio, los correspondientes superiores- quienes tenían atribuida esta potestad.

⁵⁰ Hildegard RONDÓN DE SANSÓ: *Los actos cuasi jurisdiccionales*. Ediciones Centauro. Caracas, 1990, pp. 52-53.

⁵¹ Rosibel GRISANTI BELANDRIA: *Inexistencia de los actos cuasi jurisdiccionales – La reposición administrativa*. Vadell Hnos. Valencia, 1993, pp. 62-63.

⁵² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo II*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, p. 169.

⁵³ Para una breve reseña histórica, *vid* Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS: *La responsabilidad de los jueces en Venezuela*. Caracas, 1982, pp. 67-72.

Constituye, pues, una novedad la previsión en la Constitución de 1999 de una jurisdicción especial encargada de la disciplina de los jueces. Por supuesto, será el legislador quien desarrollará las características de esta jurisdicción disciplinaria.

7- La jurisdicción contencioso-electoral

Ha sido señalado como una de las innovaciones más notables de la nueva Constitución el hecho de haber abandonado la clásica tripartición de las ramas del Poder Público, añadiendo dos poderes adicionales: el Poder Ciudadano y el Poder Electoral. Este último se encuentra regulado en el nuevo texto constitucional tanto por lo que se refiere a los órganos que lo ejercen: el Consejo Nacional Electoral, como ente rector, y la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, como organismos subordinados;⁵⁴ como en lo referente a sus atribuciones.⁵⁵ En este último punto, es de destacar particularmente la ampliación del ámbito de competencias, pues a las elecciones políticas, destinadas a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos (que constituían tradicionalmente el ámbito material de competencia propio del Consejo Supremo Electoral y demás órganos electorales), se añadieron, por un lado, los referendos en todas sus modalidades (consultivo, revocatorio, aprobatorio, abrogatorio) y, por otro, las elecciones de organizaciones de la sociedad civil, en particular de sindicatos, gremios y organizaciones con fines políticos.

Ahora bien, en el artículo 297 de la nueva Carta Magna se prevé la existencia de una jurisdicción contencioso-electoral, la cual “será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley”.

A primera vista, pareciera coherente con la configuración de la organización electoral como un nuevo Poder Público la creación de una nueva jurisdicción especializada en la materia. Sin embargo, ésta no puede ser la razón determinante para ello, puesto que el constituyente no hizo lo propio con el Poder Ciudadano, el cual quedará sometido, por lo que se refiere a su control jurisdiccional, a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria. En realidad, todos los órganos que ahora conforman tanto el Poder Ciudadano como el Poder Electoral no

⁵⁴ Artículo 292.

⁵⁵ Artículo 293.

son otra cosa que órganos administrativos, cuyos comportamientos y actuaciones habrían de quedar sometidos a esta última jurisdicción.

No obstante, el constituyente optó por crear una nueva jurisdicción especial. Ya no se trata, pues, de acuerdo con el diseño constitucional, de un contencioso-administrativo especial, como hasta ahora ha sido el caso, con una atribución especial de competencias (a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, según los tipos de elecciones con las cuales estuvieran relacionados los actos y conductas impugnados, en ambos casos en única instancia), sino de una nueva jurisdicción especial, paralela a la contencioso-administrativa, lo que ameritará la promulgación de una ley que la diseñe especialmente. Ello no obsta a que, desde el punto de vista de la materia tratada, sea imposible diferenciar una de otra. En realidad, a pesar de lo que aparentemente surge de la letra del texto constitucional, conceptualmente hablando no puede sostenerse que el contencioso electoral sea algo diferente del contencioso-administrativo. Ya habrá oportunidad de ver cómo, en los hechos, el régimen contencioso-administrativo tendrá carácter supletorio para el contencioso-electoral, que no podrá dejar de ser, en el fondo, más que un contencioso-administrativo especial.

En otro orden de ideas, es de señalar que, a pesar de que la Constitución prevé el carácter pluriorgánico de esta jurisdicción, puesto que la misma será ejercida no sólo por la Sala Electoral del Supremo Tribunal, sino también por otros tribunales que determine la ley, por ahora dicha Sala ha asumido la competencia única en la materia. En efecto, el Estatuto Electoral del Poder Público decretado por la Asamblea Nacional Constituyente⁵⁶ -de carácter temporal, pues fue dictado exclusivamente para regir los subsiguientes procesos comiciales, denominados coloquialmente “megaelecciones”- atribuyó en forma exclusiva a la referida Sala Electoral la competencia para conocer de los recursos de nulidad, de los recursos por abstención y de los recursos de interpretación que pudieran ser intentados con ocasión de esos próximos procesos electorales;⁵⁷ es de hacer notar que también le atribuye competencia para cuando se trate de actuaciones u omisiones relacionadas con la organización, administración y funcionamiento del Consejo Nacional Electoral, lo cual es difícilmente entendible como una competencia temporal. En todo caso, se-

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 36.884 del 3-2-00.

⁵⁷ Artículo 30 del Estatuto Electoral.

ñala el Estatuto Electoral que la Sala Constitucional será competente para conocer de las acciones autónomas de amparo contra el Consejo Nacional Electoral y de las colisiones entre leyes electorales.⁵⁸

Por su parte, la propia Sala Electoral, en posterior sentencia,⁵⁹ determinó que, mientras se dicten las Leyes Orgánicas del Tribunal Supremo y del Poder Electoral, además de las competencias que le atribuye el Estatuto Electoral, le corresponder conocer de:

a- Los recursos, por inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos u omisiones:

1- De los órganos del Poder Electoral, sea que estén relacionados o no con procesos comiciales;

2- De sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y de otras organizaciones de la sociedad civil, cuando dichos actos sean de naturaleza electoral;

3- Relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político.

b- Los recursos de interpretación sobre disposiciones contenidas en leyes electorales y sobre organizaciones políticas

8. La jurisdicción laboral

En el cuerpo mismo de la Constitución, en sus disposiciones principales, nada se dispone acerca de una jurisdicción laboral. Sin embargo, dentro de las disposiciones transitorias, concretamente en la cuarta, contentiva del programa legislativo que la Asamblea Nacional debe desarrollar dentro del primer año posterior a su instalación, señala el numeral 4 que dicho cuerpo legislativo debe dictar una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada.

Dicha ley deberá estar orientada, añade la disposición transitoria, por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, equidad y rectoría del juez en el proceso, la mayoría de los cuales no hacen más que redundar en los principios de todo el sistema judicial, de acuerdo con la misma Constitución.

⁵⁸ Parágrafos 1° y 2° del mismo artículo 30.

⁵⁹ SE-TSJ de fecha 10-2-00, en el caso Raimundo Tillero. Consultada en copia del original.

Esta disposición se inscribe dentro de la tendencia que ya existía, a escala legal, de atribuir el conocimiento de las controversias en materia laboral a una jurisdicción especializada.

IV. LA DIRECCIÓN, EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Una de las más significativas innovaciones introducidas con la nueva Constitución en esta materia la constituye, sin lugar a dudas, el haber asignado al Tribunal Supremo de Justicia las funciones correspondientes a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial. Es bueno recordar que en el derecho comparado existen dos modelos paradigmáticos de administración de los tribunales: por un lado, aquél en el cual tal función está atribuida al propio Poder Judicial, normalmente por órgano del supremo tribunal, el cual generalmente se ve auxiliado en esas tareas por un órgano administrativo especializado, integrado dentro de la organización de dicho supremo tribunal, tal como ocurre en México o Perú; y, por otro lado, el modelo bastante extendido conforme al cual la administración de los tribunales corresponde al Poder Ejecutivo, por órgano de un ministro, en el entendido de que sólo se trata de la realización de tareas puramente administrativas, conservando los tribunales, al menos teóricamente, toda su autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, como es el caso emblemático de Francia, donde el *Garde des Sceaux* (título tradicionalmente dado al Ministro de Justicia) preside, así sea nominalmente, las instituciones encargadas de la administración y gestión de los tribunales de justicia. En las décadas más recientes, se ha ido adoptando un modelo intermedio, en el cual estas tareas administrativas son encomendadas a un Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, órgano administrativo autónomo no perteneciente a ninguno de los Poderes clásicos del Estado, como una fórmula ideada para alejar los tribunales de la sujeción material al Poder Ejecutivo, sin tampoco llegar hasta el autogobierno, a veces criticado por distintas razones teóricas y prácticas.

En Venezuela hemos pasado en relativamente pocos años por los tres modelos. Hasta cuando duró la vigencia de la Constitución de 1953, regía el sistema de administración del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, por órgano del Ministro de Justicia. Las críticas contra la falta de autonomía que ese modelo generaba condujeron a que en la Constitución de 1961 se adoptara la fórmula del Consejo de la Judicatura, el cual no fue creado directamente en el texto constitucional, pues tal creación se dejó encomendada al legislador.⁶⁰ Fue la Ley Orgánica del Poder

⁶⁰ Artículo 217.

Judicial de 1969 la que creó efectivamente el Consejo de la Judicatura, como un cuerpo colegiado con representación de las distintas ramas del Poder Nacional, pues así lo exigía la Constitución, probablemente con el propósito de constituir un cuerpo equilibrado que garantizara efectivamente la independencia de los tribunales. No obstante, ese esquema del cuerpo colegiado en tanto que órgano de gobierno y administración no funcionó adecuadamente y produjo una serie de inconvenientes y vicios puestos de relieve por los medios de comunicación social durante mucho tiempo. La ley fue reformada varias veces con la intención de encontrar una estructura organizativa más satisfactoria, pero los inconvenientes continuaron con tal intensidad que, durante el proceso constituyente de 1999, uno de los principales objetivos fue la desaparición del Consejo de la Judicatura.

En el artículo 267 de la nueva Constitución se consagra la fórmula adoptada: la del gobierno y administración del Poder Judicial por el propio Poder Judicial, por órgano del Tribunal Supremo de Justicia, así como de otros órganos auxiliares de éste. También introduce el nuevo texto constitucional diversas innovaciones en relación con la condición funcionarial del juez y, concretamente, con la carrera judicial. Ambos aspectos serán analizados sucesivamente.

1. La organización de las funciones administrativas del Poder Judicial

El artículo 267 de la Constitución vigente atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, así como la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. En cambio, la misma disposición asigna el ejercicio de la función disciplinaria judicial a una jurisdicción especial a la que fueron dedicados unos comentarios en el capítulo anterior del presente trabajo. En este punto, como allí se subrayó, se ha producido una innovación radical, pues hasta ahora la función disciplinaria respecto de los jueces siempre había sido tratada como una función administrativa, asignada a órganos administrativos. En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia, aun siendo el máximo órgano de gobierno y administración del Poder Judicial, no tendrá ninguna potestad disciplinaria respecto del personal de este Poder.

Además del Tribunal Supremo de Justicia, otros órganos auxiliares están previstos o han sido creados para el desempeño de estas funciones administrativas, en forma definitiva o provisional. Conviene referirse a ellos separadamente.

a- El Tribunal Supremo de Justicia

Como ya se destacó antes, a este supremo órgano del Poder Judicial le están encomendadas ahora, además de sus funciones tradicionales en el campo jurisdiccional, las funciones administrativas correspondientes a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial. En términos prácticos, podría decirse que pasa ahora a concentrar lo que antes eran la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Judicatura, salvo por lo que se refiere a la potestad disciplinaria judicial, que corresponderá a tribunales especializados.

Dentro del ejercicio de estas funciones administrativas, el mismo artículo 267 que se las otorga le asigna al Tribunal Supremo de Justicia la atribución de elaborar y ejecutar su propio presupuesto y el presupuesto del Poder Judicial.

En esta materia presupuestaria puso el constituyente bastante énfasis, con la evidente intención de proporcionar la mayor autonomía posible al Poder Judicial frente a los otros Poderes estatales, respecto de los cuales siempre se había encontrado en desventaja desde el punto de vista de la asignación de recursos. Bajo el régimen anterior, la Corte Suprema de Justicia tenía autonomía presupuestaria, pero sólo por lo que se refiere a su propio presupuesto; el presupuesto del Poder Judicial era elaborado y ejecutado por el Consejo de la Judicatura, aunque con la última reforma de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo de la Judicatura había una responsabilidad compartida entre los dos órganos.

Ahora, toda la responsabilidad presupuestaria reposa sobre el Tribunal Supremo de Justicia, al cual la Constitución atribuye expresamente “autonomía funcional, financiera y administrativa”⁶¹, dentro del marco de la declaratoria de la independencia del Poder Judicial. A tal efecto -establece la propia disposición constitucional-, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento (2%) del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido ni modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. Se trata del corrientemente denominado “situado judicial”, visto por muchos como una garantía de la autonomía, en la medida que permite al Poder Judicial obtener recursos en una proporción mínima predeterminada, que no puede serle desconocida ni por el Poder Ejecutivo, cuando elabora el proyecto de presupuesto general, ni por el Poder Legislativo, cuando aprueba dicho presupuesto. Hay que hacer notar, sin embargo, que el

⁶¹ Artículo 254.

dos por ciento (2%) mínimo garantizado no se refiere al presupuesto del Poder Judicial, sino del sistema de justicia, noción que, como antes se destacó, es bastante más amplia que la de Poder Judicial. Esto dará seguramente lugar a discusiones en el momento de su aplicación efectiva, a fin de determinar con precisión qué instituciones deben quedar comprendidas dentro de la previsión de este situado judicial.

En previsión de que, dada su naturaleza fundamentalmente jurisdiccional, al Tribunal Supremo de Justicia le será prácticamente imposible asegurar el gobierno y la administración del Poder Judicial en forma directa, la Constitución previó que, para el ejercicio de estas atribuciones, dicho Tribunal ha de crear una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales. Sin embargo, antes de la entrada en función de dicha Dirección, fue creada con carácter provisional la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. A los fines de seguir un orden cronológico, nos referiremos primero a ésta antes que a aquélla.

b- La Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Sistema Judicial

Durante la discusión del proyecto de Constitución, en la Asamblea Nacional Constituyente se planteó la idea de prever esta figura organizativa con carácter transitorio. Sin embargo, dentro de las disposiciones transitorias que en definitiva fueron incluidas en el texto sometido a referéndum y que resultó aprobado por el pueblo, sólo se menciona una Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que tendrá como cometido encargarse del desarrollo y operatividad efectiva del Sistema Autónomo de la Defensa Pública, a los fines de garantizar el derecho a la defensa.⁶²

Ahora bien, como ya se sabe, después que fue aprobada la Constitución y antes de ser publicada para su entrada en vigencia, fue decretado por la Asamblea Nacional Constituyente el Régimen de Transición del Poder Público. En su artículo 28, se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, cuyos miembros designaría la propia Asamblea Nacional Constituyente, designaciones que “lo serán (*sic*) hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los tribunales disciplinarios y del Sistema Autónomo de Defensa Pública”. También se dispuso en dicho decreto que, mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organizara dicha Dirección Ejecutiva, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, así como las

⁶² Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5, aparte único.

competencias atribuidas por la legislación para entonces vigente al Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la referida Comisión.⁶³

La función que se pretendió asignar a esta Comisión fue, pues, la de servir de transición entre, por una parte, el Consejo de la Judicatura, cuyos miembros fueron cesados en sus funciones por ese mismo decreto⁶⁴ y cuyos bienes, funcionarios, compromisos y procedimientos fueron traspasados a la Comisión; y, por otra, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que debía ser creada y puesta en efectivo funcionamiento por el Tribunal Supremo de Justicia. Esta fórmula fue criticada por algunos, que la consideraron una confiscación, al margen del texto constitucional aprobado, de las funciones administrativas asignadas constitucionalmente al Tribunal Supremo de Justicia, por una comisión cuyos miembros ni siquiera eran designados por los integrantes de dicho Tribunal.⁶⁵

Pero aún más significativo es que a esta Comisión también le fue encomendada provisionalmente la función disciplinaria judicial, que en el nuevo diseño constitucional ya no está atribuida a órganos administrativos, sino a los tribunales de la jurisdicción especial disciplinaria; ello ha hecho surgir dudas sobre la constitucionalidad del ejercicio de esa función, ahora constitucionalmente judicializada, por un órgano administrativo. De hecho, la función disciplinaria judicial constituye la única competencia que resta actualmente a esta Comisión, una vez que, como se verá de seguidas, fue creada la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

c- La Dirección Ejecutiva de la Magistratura

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, dictó del 2 de agosto de 2000 la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial,⁶⁶ en ejercicio de la atribución que le confiere el antes señalado artículo 267 de la Constitución. En este instrumento, creó dos órganos: la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, prevista expresamente en dicha disposición constitucional, y la Comisión Judicial, a la que nos referiremos después.

La Dirección Ejecutiva de la Magistratura es definida como el “órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza

⁶³ Artículo 22, aparte único, del Decreto. (artículo 1 de la Normativa).

⁶⁴ Artículo 27 *ejusdem*.

⁶⁵ Allan BREWER-CARÍAS: *La Constitución de 1999*. Editorial Arte. Caracas, 1999, p. 262.

⁶⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37. de fecha 15 de agosto de 2000.

por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial".⁶⁷ Antes de su creación, se discutió bastante acerca de la mejor manera como podría quedar integrada, debatiendo entre la fórmula colegiada, que tan malos efectos produjo en el extinto Consejo de la Judicatura, y el esquema unipersonal, más adecuado en principio para un órgano ejecutivo de dirección.

Fue la primera solución la que prevaleció. En efecto, la Normativa no colocó a la cabeza de esta Dirección un Director, sino un Comité Directivo, como órgano superior de dirección y coordinación de la Dirección.⁶⁸ Dicho Comité Directivo estará integrado por tres miembros, de libre nombramiento y remoción por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; uno de los tres miembros tendrá el carácter de Coordinador General,⁶⁹ quien será el órgano responsable de la organización y ejecución de la acción institucional, así como del control y supervisión de los diferentes procesos de la Dirección.

La Dirección Ejecutiva de la Magistratura tiene asignadas importantes funciones de planificación, programación, estudios y elaboración de procesos, así como de ejecución de políticas, supervisión y seguimiento.⁷⁰ Las ha de cumplir mediante una compleja organización estructurada en Comités Internos y unidades asesoras, de apoyo, supervisoras, operativas y desconcentradas⁷¹ Merecen ser destacadas en este punto las Direcciones Administrativas Regionales, cuya existencia estaba prevista en el mismo texto constitucional,⁷² con el evidente propósito de obligar a establecer una organización desconcentrada para estas funciones administrativas, a fin de evitar los enormes inconvenientes prácticos que generaba la estructura extremadamente concentrada del extinto Consejo de la Judicatura. Dichas dependencias regionales deben actuar en forma coordinada con el Juez Presidente del Circuito Judicial y el Juez Rector de la Circunscripción Judicial, en el establecimiento de los servicios de apoyo que requieran las dependencias judiciales en la región. Es de señalar aquí la preocupación que tuvo el constituyente por la necesidad de una adecuada desconcentración en esta materia, al punto que previó expresamente que la ley habrá de regular la organización de circuitos

⁶⁷ Artículo 1 de la Normativa.

⁶⁸ Artículo 3 de la Normativa.

⁶⁹ Artículo 4 *ejusdem*.

⁷⁰ Artículo 5 *ejusdem*.

⁷¹ Artículo 7 *ejusdem*.

⁷² Artículo 267 de la Constitución.

judiciales, así como la creación de tribunales y cortes regionales y la correspondiente asignación de competencias, a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial.⁷³

La Dirección Ejecutiva de la Magistratura inició su funcionamiento efectivo el 1° de septiembre de 2000,⁷⁴ fecha en la cual la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesó en las funciones que antes correspondían al Consejo de la Judicatura y que le habían sido atribuidas provisionalmente por el decreto del Régimen de Transición del Poder Público. A partir de ese momento, la Comisión, reestructurada por el Tribunal Supremo de Justicia, sólo quedó encargada de las funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación sobre la jurisdicción disciplinaria judicial y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios.

d- La Comisión Judicial

Aunque no prevista expresamente en el texto constitucional, en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial fue creada la Comisión Judicial, como órgano del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.⁷⁵

Es evidente que el ejercicio directo de estas funciones por parte de la Sala Plena del Supremo Tribunal sería demasiado engorroso, dado el elevado número de Magistrados. Por eso, fue creada esta Comisión Judicial, integrada por seis magistrados, en representación de cada una de las distintas Salas que integran el Tribunal, estando previsto que los Presidentes de Sala no pueden formar parte de la Comisión Judicial, salvo el Presidente del Tribunal Supremo,⁷⁶ quien será simultáneamente Presidente de la Comisión Judicial y representante de su Sala en ésta.⁷⁷

A esta Comisión Judicial le fueron asignadas, fundamentalmente, funciones de información y proposición ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Tiene, sin embargo, una importante función decisoria: la de designar y sustituir al Coordinador del Comité Directivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura,⁷⁸ lo cual habrá de hacer de en-

⁷³ Artículo 269 *ejusdem*.

⁷⁴ Artículo 30 de la Normativa.

⁷⁵ Artículo 2 de la Normativa.

⁷⁶ Artículo 26 *ejusdem*.

⁷⁷ Artículo 27 *ejusdem*.

⁷⁸ Artículo 28, literal c), *ejusdem*.

tre los tres Directores designados por la Sala Plena. Finalmente, cumple funciones de control respecto de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, así como de las tres unidades autónomas previstas en la misma Normativa.

No puede dejar de señalarse que hay quien ha argumentado que se trata de una figura inconstitucional, pues no está prevista en la Constitución, la cual asigna tales funciones directamente al Tribunal Supremo de Justicia.

e- Las Unidades Autónomas

Dentro del nuevo esquema organizativo destinado a asumir la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, estructurado en la Normativa dictada recientemente por el Tribunal Supremo de Justicia, figuran tres unidades autónomas, destinadas a encargarse, cada una de ellas, de importantes funciones auxiliares dentro del manejo y la gestión del sistema judicial: la Inspectoría General de Tribunales, el Servicio de la Defensa Pública y la Escuela Judicial. Las tres no dependen de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, sino que se encuentran adscritas a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La **Inspección General de Tribunales** es una unidad autónoma dirigida por el Inspector General de Tribunales, cuyos funcionamiento, organización y alcance de su autonomía serán regulados por la normativa que al efecto apruebe la Sala Plena, a proposición de la Comisión Judicial.⁷⁹ El nombramiento y la remoción del Inspector General de Tribunales, así como de su suplente, corresponde igualmente a la Sala Plena, a proposición igualmente de la Comisión Judicial. Es por intermedio de este órgano desconcentrado y autónomo como el Tribunal Supremo de Justicia ejercerá la importante función de inspección y vigilancia de los Tribunales de la República, que le fue asignada expresamente en el texto constitucional.⁸⁰

Durante el denominado “régimen transitorio”, el rol, la ubicación orgánica y los procedimientos aplicados por este órgano han sido objeto de discusión y han estado rodeados de mucha incertidumbre, en particular por lo que se refiere a cuáles aspectos del régimen previsto para él en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura están vigentes y cuáles están derogados. Una normativa clara y precisa sobre tales asuntos sería su-

⁷⁹ Artículo 22 *ejusdem*.

⁸⁰ Artículo 267 de la Constitución de 1999.

mamente conveniente, para tratar de aportar algo más de certeza jurídica en tan delicada materia.

El Servicio de la Defensa Pública está previsto en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial⁸¹ como una unidad autónoma adscrita a la Comisión Judicial, del cual forman parte todos los Defensores Públicos, en las distintas áreas de la actividad judicial. De esta manera, el Tribunal Supremo de Justicia asumió la dirección y administración de este servicio, tal como lo tiene asignado según la letra del artículo 267 de la Constitución, con lo cual dicho servicio fue retirado de la adscripción a la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Sistema Judicial, que había efectuado el Decreto de Régimen Transitorio del Poder Público.

Es de señalar, sin embargo, que, según el tenor literal de la propia Constitución de 1999,⁸² tal adscripción hubiera debido prolongarse hasta tanto se dicte la ley orgánica sobre la defensa pública; en efecto, está previsto en el artículo 268 de la Constitución que la ley ha de establecer “la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor”. De manera que, de manera paradójica, dicha Comisión habrá de seguir a cargo de una función que no le fue atribuida en la Constitución (la disciplina judicial), mientras que ya no se ocupará del servicio de defensa pública, que sí le fue constitucionalmente asignado, claro está, en forma provisional.

Este Servicio se encuentra a cargo de un Director, designado –y, eventualmente, removido– por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, a propuesta de la Comisión Judicial

La Escuela Judicial es la tercera unidad incluida dentro del Capítulo destinado a las Unidades Autónomas, aun cuando en la disposición correspondiente no se le asigne expresamente este carácter.⁸³ En cambio, se deja ver la importancia que se le asigna, cuando en forma expresa se establece que su organización, funcionamiento y orientaciones académicas serán objeto de especial atención por parte de la Comisión Judicial. A esta Escuela –que se encuentra igualmente asignada a un Director designado por la Sala Plena, a propuesta de dicha Comisión Judicial– se le encomienda particularmente la tarea de coordinar todo lo relativo a los

⁸¹ Artículo 23 de la Normativa.

⁸² Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5, aparte único.

⁸³ Artículo 25 de la Normativa.

concursos de oposición para el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces. Aun cuando no se señale expresamente, lógico es asumir que será la unidad especialmente encargada de la trascendental tarea del adiestramiento judicial.

2- El juez y la carrera judicial

Otra de las principales preocupaciones de los constituyentes de 1999, dentro del propósito de reforma del Poder Judicial, fue la referente a la condición profesional del juez, en tanto que elemento central de todo el sistema de justicia. En este sentido, no se limita la nueva Constitución a confiar a la ley “el establecimiento de la carrera judicial” y el diseño de las condiciones que aseguraran “la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces”, como lo disponía el texto constitucional anterior,⁸⁴ sino que formula algunos postulados precisos que deberán ser respetados y desarrollados por el Estado en la reestructuración que se haga del Poder Judicial.

Así, en el artículo 255 del nuevo texto constitucional se establece una serie de principios que tienen el evidente propósito de garantizar una mejor selección y una verdadera formación del personal que tendrá a su cargo la delicada función de impartir justicia.

En primer lugar, en materia de ingreso a la carrera judicial, se establece la regla radical de que el mismo sólo se hará mediante concursos de oposición públicos, que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes. Bajo el régimen anterior, se había establecido también el mecanismo del concurso, pero se trataba en general de concursos de credenciales, y no de oposición; además, bien conocida fue la práctica de no abrir efectivamente los concursos para proveer los cargos vacantes, utilizando en su lugar el expediente del nombramiento “provisorio”, tan conocido en muchas otros sectores en donde la ley también exige un concurso de ingreso (servicio exterior, carrera universitaria, contralores...). De manera que habrá que esperar la regulación normativa y el sistema de implementación que aseguren la efectividad de la regla constitucional.

En todo caso, el constituyente quiso añadir al concurso público de oposición, destinado a lograr la excelencia en la preparación previa, otros mecanismos orientados a asegurar la credibilidad y la transparencia en la selección, como son los de la necesaria participación ciudadana en el

⁸⁴ Artículo 207 de la Constitución de 1961.

procedimiento de selección y designación, lo cual también habrá de ser cuidadosamente regulado por vía legal.

En el entendido de que el concurso no puede garantizar más que una buena selección de base, pero que el oficio de juez, con el perfil y las condiciones particulares que decida el Estado venezolano, no puede ser asegurado sino por medio de una adecuada y eficiente política de formación, el mismo artículo 255, en su aparte primero, dispone que la ley propenderá a la profesionalización de los jueces, exhortando a las universidades a que colaboren con ese propósito. Esta disposición debe ser bien interpretada, pues no se trata de que las universidades formen a los jueces; las universidades tienen como propósito formar profesionales, pero la judicatura no es una profesión, sino un oficio dotado de una función pública, que se ejerce desde la titularidad de un cargo público. Ciertamente es que para el más idóneo ejercicio de ese oficio se requiere tener una profesión obtenida en una universidad, la de profesional del derecho (que es acreditada en Venezuela por el incorrectamente denominado título de “abogado”); pero ser profesional del derecho, incluso un muy buen profesional del derecho, no es condición suficiente para ejercer adecuadamente la función de juez. Para esto se requiere un delicado proceso de formación, asegurado por las mismas estructuras estatales encargadas del gobierno y administración de la función judicial, a través de la o las instituciones que ellas diseñen y que funcionen bajo su estricto control y vigilancia. Este es precisamente el papel de las “Escuelas de la Magistratura” o “Escuelas Judiciales”, que en otros países con Poderes Judiciales eficientes y dotados de credibilidad se encargan de la selección de los candidatos a jueces y de su adecuada formación previa a la asunción del cargo, así como de la formación continua posterior, como ocurre en Francia y España, para no citar sino dos connotados ejemplos.

La Escuela de la Judicatura que hasta ahora habíamos tenido no presentaba ese perfil: no tenía vinculación alguna con la selección de los candidatos a jueces, no impartía una formación de inicio con carácter obligatorio antes de la toma de posesión del cargo, ni tampoco se encontraba vinculada al proceso de ascenso de los jueces, para no mencionar los problemas derivados de los escasos recursos materiales y personales con los que contaba, que no eran más que el reflejo del desinterés por una institución de este tipo. La disposición ahora incluida en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, dictada recientemente por el Tribunal Supremo de Justicia, a la cual ya se hizo referencia, conforme a la cual se crea la Escuela Judicial, con una Sección Especial que habrá de coordinar todo lo relativo a los concursos de ingreso y al ascenso, junto a la declaración de principios en el sentido de

que la Comisión Judicial debe acordar especial atención a dicha Escuela, son señales que permiten abrigar esperanzas respecto de una adecuada orientación en la materia.

La Constitución establece, por otra parte, quién es la autoridad para designar a los jueces: el Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual se unifica en una sola instancia esa facultad antes distribuida entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Judicatura. Esta atribución de competencia al Tribunal Supremo de Justicia fue aparentemente la razón que originó la reciente decisión de la Sala Plena cuando declaró inconstitucional el nombramiento de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo hecho en el mes de enero de 1999 por la Sala Políticoadministrativa, entendiéndose que tenía esa facultad por estar así previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 184; no obstante, esta última disposición fue con toda seguridad considerada derogada implícitamente por la nueva Constitución, que atribuye la competencia al Tribunal en su conjunto, y no a una de sus salas en particular.

Es de hacer notar que el nuevo texto constitucional, con la expresa intención de garantizar la imparcialidad y la independencia de los jueces y demás operadores del sistema judicial en el ejercicio de sus funciones, establece una formal prohibición de llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante -salvo, desde luego, el ejercicio del voto-, además de establecer las incompatibilidades usuales referentes a otras funciones públicas o privadas remuneradas, exceptuando la docencia.⁸⁵ Incluso prohíbe específicamente a los jueces asociarse entre sí, lo que significa el fin de las tradicionales asociaciones de jueces.

Finalmente, el texto constitucional garantiza la estabilidad a los jueces, quienes no podrán ser removidos o suspendidos sino mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

CONCLUSIONES

Lo reciente de la Constitución no aconseja o no permite llegar a conclusiones muy precisas. Sólo puede afirmarse que el articulado del nuevo texto intenta poner remedio a muchos de los males que fueron señalados, con mayor o menor razón, como los propios del Poder Judicial del régimen precedente. A nuestro entender, el mejor de los logros a que

⁸⁵ Artículo 256 de la Constitución.

podría aspirarse en esta materia es el de conferir al Poder Judicial la necesaria credibilidad, para que sus decisiones tengan la legitimidad que tanta falta ha hecho.

Esa credibilidad debería estar apuntalada en una mayor transparencia en la selección de los jueces y en una mejor formación de los mismos. Un juez cuyo cargo no se lo deba a ningún sector o tendencia podría resultar un juez creíble, cuyas decisiones fueran respetadas, así nos fueran desfavorables. Si además de ser, por esa vía, un juez verdaderamente independiente, también es un juez profesionalmente competente, ello le dará mayor respetabilidad a sus decisiones.

Varias de las nuevas disposiciones constitucionales se ven orientadas hacia ese norte. Desde luego, el que efectivamente nos vayamos acercando a ese norte no dependerá sólo del texto constitucional; será mucho más importante el que efectivamente sean cumplidas sus disposiciones y que los organismos encargados de la reestructuración judicial actúen efectivamente de manera institucional, transparente y desinteresada. Lamentablemente, hasta ahora no podría afirmarse que todas las actuaciones efectivas van por ese camino. Ello ha hecho que, a casi dos años de vigencia de la Constitución, sigamos observando en los medios de comunicación y en el medio forense críticas y observaciones que no difieren mucho de las que eran formuladas bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Probablemente se trata de que cambiar las instituciones no es tarea fácil y requiere de esfuerzo y tiempo. Habrá que esperar entonces que, más pronto que tarde, al hacer un análisis de las disposiciones constitucionales sobre el Poder Judicial, no haya lugar a estar señalando a cada paso la distancia existente entre lo en ellas dispuesto y lo que ocurre en la realidad.

El derecho de propiedad en la Constitución de 1999

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO*

...El derecho de propiedad se garantiza sin ambigüedades, sin obviar las consideraciones de utilidad pública e interés general, en tanto que la acción del Estado, considerada como esencial en la definición de un marco institucional apropiado para el crecimiento y el bienestar, está sometida al imperio de la ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

PRESENTACIÓN

DESEO QUE MI PRIMERA PALABRA sea de gratitud y de estímulo. *Gratitud* a los inspiradores de esta obra por haberme invitado a participar en nombre de la Universidad Católica del Táchira en este importante proyecto. Al doctor Fernando Parra Aranguren y, especialmente, al doctor Armando Rodríguez García, por su generosa amistad y apoyo. *Estímulo* por fomentar espacios de reflexión propios de la territorialidad universitaria, tomando en cuenta a aquellos que profesamos la ciencia del Derecho Administrativo en la profundidad de la provincia venezolana.

Eventos como éste propician una formación universitaria integral y proyectan a los estudiantes como verdaderos cultores de la ciencia del Derecho y de sus valores, y hacen presente en la comunidad nacional a la Universidad de la provincia.

* Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor Agregado de Derecho Administrativo en pre y postgrado, en la Universidad Católica del Táchira. Director de la *Revista Tachirense de Derecho*.

APROXIMACIÓN HISTÓRICA¹

La profunda trascendencia social y política que se encierra en el derecho de propiedad podría hacer pensar que nos encontramos ante un tema suficientemente estudiado, e incluso, casi agotado. Lo cierto es que el debate continúa si bien no se centra ya el núcleo de la discusión sobre si existe un derecho de propiedad según el cual todo hombre tendría derecho a los bienes que precisa para satisfacer sus necesidades. El principal conflicto surge a la hora de saber cómo se ha de repartir la escasa, y por tanto valiosa, propiedad existente.

Un breve recorrido histórico pone de manifiesto que la existencia de diversas formas de propiedad es una constante en todas las épocas. Según la Antropología Económica, las sociedades cazadoras-recolectoras mantienen formas colectivas de propiedad sobre la tierra, caza y pastos. Aunque limitada, dado el nomadismo inherente a su forma de vida, mantienen esas sociedades la propiedad privada sobre bienes muebles como vasijas, adornos y armas. La aparición de la propiedad privada sobre la tierra parece ir unida al desarrollo de la agricultura, así como a la creación del Estado.

La antigüedad romana conoce las formas más absolutas de propiedad privada, en la que el *paterfamilias* extiende la propiedad incluso a los esclavos, como instrumentos animados, y se confunde, en muchos aspectos, con la potestad sobre la mujer y los hijos. Con todo, sólo el *dominium ex iure Quiritium* tenía ese carácter absoluto, perpetuo, ilimitado hacia arriba y hacia abajo, y estaba libre de impuestos. El Derecho romano proporciona al copropietario tantos instrumentos para lograr la división de los bienes, que hace de la coposesión una situación provisional llamada —por naturaleza— a desaparecer. En todo caso, la propiedad privada romana era compatible con los extensos latifundios, propiedad del imperio.

Durante la Edad Media, los pueblos germanos mantienen formas colectivas de propiedad, con el desarrollo de una propiedad privada que ya no es la plena del Derecho romano, sino una propiedad dividida en diversos derechos sobre la misma cosa. El propietario feudal mantiene poderes políticos sobre los campesinos que trabajan sus tierras. Igualmente el poder político es entendido en términos de propiedad privada, y se venden, heredan y reparten los reinos como si de bienes privados se tratara. Con la aparición de factores como el comercio marítimo a gran escala, la crea-

¹ Ver CASTILLO VEGAS, Jesús L., *Personalismo y derecho de propiedad*, Grapheus, Valladolid 1992; GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades*, Civitas, Madrid 1992; CALDERA, Rafael, *Sociología Jurídica*, Caracas 1970.

ción de la banca, las manufacturas y la Revolución Industrial, se lleva a cabo un proceso de concentración de capital, que todavía caracteriza a la economía actual.

Junto a la secularización de la sociedad, la racionalización del poder en los estados modernos, o el crecimiento de la burguesía, se produce como otro fenómeno característico de la época liberal la expansión de la concepción individualista de la propiedad. Los individuos son vistos como propietarios que concurren por la maximización de sus beneficios.

El Estado liberal, pese a la primacía dada a la propiedad privada, ha mantenido una extensa propiedad estatal. La aparición del sistema capitalista fue acompañada de la aparición del proletariado como grupo de no propietarios. A partir de la Revolución Soviética de 1917, diversos Estados llevaron a cabo una colectivización de los medios de producción que pese, a la amplitud del proceso, nunca llegó al extremo de anular la propiedad privada de los bienes de consumo.

Con mayor claridad aún los llamados Estados de bienestar (sociales) mantienen una defensa de la propiedad privada, con una fuerte propiedad estatal junto con otras formas mixtas de propiedad.

En relación al análisis histórico recordamos y recomendamos la extraordinaria obra de Paolo Grossi bajo el título de *La propiedad y las propiedades*.² Esta maravillosa síntesis histórica desvela luminosamente todo el trayecto de la cultura jurídica europea que conduce desde formas plurales de dominio a la propiedad moderna simple y abstracta, plasmada en los Códigos.

La importancia del concepto de propiedad trasciende ampliamente el campo del derecho, pues se transforma en el elemento irreductible del sistema económico que rige en una sociedad concreta y en la variable más esencial de su régimen social. Con ello aparecen manifiestas sus vinculaciones con el proyecto político que recibe acogida en esa sociedad. Son evidentes, por otra parte, sus implicaciones filosóficas y éticas.³

LA PROPIEDAD PRIVADA COMO ELEMENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La idea de propiedad que tenga efectiva vigencia en determinado país refleja mejor que ninguna otra el sistema de relaciones interhumanas que

² Editorial Civitas, Madrid 1992.

³ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho de propiedad privada*, Editorial Temis, Bogotá, 1979.

en él impera. Ella se suelda necesariamente con el régimen de producción establecido y permite adivinar, con mucha aproximación, los criterios prevalecientes en orden a la naturaleza del Estado y sus funciones, las relaciones de producción, la existencia de clases sociales y la condición del ser humano como miembro de la sociedad civil.⁴

Entre nosotros la Constitución de 1999 no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, sino que siguiendo la tradición de la Constitución de 1961, la incluye entre los derechos económicos. Esta línea es seguida en otras constituciones europeas y americanas que no catalogan la propiedad entre los derechos fundamentales e inviolables, sino entre los derechos económicos subordinados a los intereses generales y regulados por la ley.

El artículo 115 de la Constitución de 1999 garantiza (no reconoce) el derecho a la propiedad privada, en los siguientes términos:

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. [Cursivas nuestras.]

Pero esta garantía/reconocimiento no se puede considerar ni examinar aisladamente. Hay que insertarla en un escenario en el que coexisten elementos procedentes del individualismo liberal junto con otros que dibujan una democracia social, extremos en los que pendula la posibilidad de configuración pública de la economía.

Así el artículo 112 de la Constitución de 1999 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la iniciativa privada en la actividad económica, al establecer:

Todas las personas pueden dedicarse 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.

⁴ NOVOA..., ob.cit.

Pero frente a esto aparecen los elementos de la democracia social. Sobre todo, la novísima cláusula del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia⁵ de que habla el artículo dos. Este artículo consagra el modelo de Estado y los valores superiores del ordenamiento:

- Social: contraposición al liberal, preeminencia de los derechos sociales, carga utópica.
- Democrático: expresión de la voluntad popular (modernamente a través de la ley).
- Derecho: que implica la concreción de cuatro principios fundamentales:
 - Imperio de la ley.
 - Principio de legalidad (sometimiento).
 - Garantía efectiva de los derechos y libertades.
 - División de poderes.
- Justicia: respeto a la dignidad humana y la igualdad.

También debe tomarse en cuenta la remoción de los obstáculos que impiden la real igualdad de los individuos y la participación de todos los ciudadanos en la vida económica del Estado que menciona el artículo 299; la vía que el citado artículo 112 abre para que el Estado defienda la productividad, según la planificación y las exigencias de la economía en general; y los principios en los que se establece que toda la riqueza del país, en sus distintas formas y fuere cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general; que se reconoce la iniciativa en la actividad económica; que mediante ley se pueden reservar al sector público recursos o servicios esenciales; y que el Estado puede planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

Así queda establecido en el texto constitucional vigente que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma el fin de utilidad pública o interés general y/o social de la propiedad. Por tanto, el derecho de propiedad queda como un derecho constitucional menor incluido en los derechos económicos.

En relación a la consagración del derecho de propiedad en la Constitución de 1999,⁶ respecto a la de 1961, hemos de observar que:

⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R., «Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina», *Revista de Derecho Administrativo*, número 1, Editorial Sherwood, Caracas 1997.

⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.

- No se establece que la propiedad privada tiene una función social.
- Se enumeran los atributos del derecho de propiedad (uso, goce, disposición), que era materia de rango legal.
- En cuanto a la expropiación se exige que el pago de la justa indemnización sea oportuno.

En la doctrina tradicional ha sido usual examinar la propiedad desde dos posibles vertientes:

1. como un instrumento puesto al servicio de la libertad de la persona y de su dignidad, y,
2. como un instrumento de dominación o de poder económico.

En el primero de los casos hay consenso en su reconocimiento sin reservas. En el segundo se reconocería siempre que cumpla una función social y que quede subordinada al interés general.

En resumen, la doctrina constitucional que recoge el texto de 1999 puede sintetizarse significando que el derecho a la propiedad privada constitucionalmente garantizado presenta una vertiente institucional derivada de la función social que cada categoría de bienes sobre los que se ejerce el dominio está llamada a cumplir, lo que supone la incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la definición de cada derecho de propiedad o en la delimitación concreta de su contenido.

UTILIDAD PÚBLICA DE LA PROPIEDAD

En la mayoría de las Constituciones modernas es fácil encontrar reconocida la necesidad de límites en el derecho de propiedad. Así en la Constitución de 1961, artículo 99, se reconocía la función social del derecho de propiedad expresamente pero con la frialdad que progresivamente ha ido adquiriendo este concepto en el ámbito jurídico: «...en virtud de su función social la propiedad estará sometida...». La mayoría de las Constituciones latinoamericanas tienen un contenido similar en cuanto a este sometimiento de la propiedad a esa función social.⁷

Actualmente el reconocimiento de este carácter ha perdido el sentido reivindicador que pudo tener en sus inicios.

⁷ ORTIZ ÁLVAREZ, Luis y LEJARZA, Jacqueline: *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Constitucionales, Caracas 1997.

El artículo 115 de la Constitución de 1999 con referencia a la propiedad privada dice que la misma estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que determine la ley «con fines de utilidad pública o de interés general». A diferencia de la Constitución de 1961 que utilizaba la terminología «función social de la propiedad», encontramos que el Constituyente acude a dos conceptos jurídicos indeterminados para establecer las limitaciones a la propiedad privada: utilidad pública e interés general. Pero de cualquier forma creemos que subyace en la norma constitucional la cláusula de la función social de la propiedad, tan manida y distorsionada.

La presión del Estado social sobre la estructura del Estado de Derecho, fruto del progresivo entrecruzamiento de Estado y sociedad, posibilitó, como bien señalara FORSTHOFF, descubrir la función social de los derechos fundamentales, función que se manifiesta con especial intensidad en el derecho de propiedad, en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO.⁸

La función social de la propiedad, aún siendo un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, implica la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modula su ejercicio, que a su vez debe orientarse a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular. Esta función social de la propiedad presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual del titular del derecho, están llamados a satisfacer a los bienes objeto de dominio privado.

Creemos que las Constituciones modernas han seguido, en relación a la cláusula de la función social de la propiedad, la fórmula contenida en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, artículo 14, apartado 2, que dice: «La propiedad obliga, y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general».⁹

La idea de la función social de la propiedad procede de la doctrina social de la Iglesia católica y se encuentra muy emparentada con los movimientos doctrinales tendentes a poner límite a la tradicional absolutividad del derecho de dominio. La visión ferozmente individualista e insolidaria del derecho de propiedad comenzó a quebrar, por lo menos en alguna medida, como consecuencia de esta doctrina social católica.

Por diferentes vías, se había llegado a este punto. Una de ellas, de necesario recordatorio, es la idea del abuso del derecho, que surgió precisa-

⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid 1995.

⁹ CASCAJO CASTO, José Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Editorial Tecnos, Madrid 1991.

mente para poner coto a los actos del propietario, caracterizables como actos de emulación, esto es, actos realizados con el fin de perjudicar a otro y sin propia utilidad, así como para poner coto a los posibles actos de contenido antisocial.

Como ha señalado MONTES,¹⁰ la idea de la función social, sobre todo en el pensamiento católico, aparece básicamente como un deber moral. Se presenta como una «templanza de la propiedad», como un dato externo a su estructura, que entra en juego para el propietario respecto de los actos o de la conducta personal, aunque no respecto del ejercicio de su derecho. La propiedad se inserta en un plano jerárquico, en el que el propietario, como sujeto, tiene que desarrollar unos fines determinados, que son ajenos a la estructura del derecho. De esta suerte, el reconocimiento de una función social, indiferente para la estructura del derecho, apenas incide en su definición normal.

De aquí se pasa a lo que Lino RODRÍGUEZ-ARIAS¹¹ ha denominado la función legitimadora del principio de función social como punto de transacción entre ideologías de signo diverso. Es verdad que la idea de la función social preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista, pero es verdad también que la interpretación sistemática de la Constitución exige situar la función social dentro del estado social y democrático de Derecho. Esto significa el reconocimiento de que el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad se concitan o pueden reconocerse otros intereses distintos y un interés público general.

El reconocimiento de la existencia de intereses distintos de los del propietario en la situación de propiedad, impone la existencia de límites o de limitaciones, a los que directamente alude el artículo 115 de la Constitución de 1999. El ejercicio del derecho de propiedad no debe lesionar intereses sociales y el ámbito de sus facultades se ve reducido por no poder ejercerse en detrimento de los intereses colectivos. A esta óptica, que entiende la función social como un límite externo, se contraponen, según Lino RODRÍGUEZ-ARIAS,¹² otra dirección doctrinal, que a él le parece más acorde con la disciplina surgida del constitucionalismo social, que considera la función social como interiorizada en el derecho, que, a partir de

¹⁰ MONTES, Vicente, *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid 1980.

¹¹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, Monte Ávila, Caracas 1971.

¹² Ob. cit.

este momento, no es sólo un conjunto de facultades suficiente o convenientemente delimitadas, sino también una fuente de especiales deberes de conducta que recaen sobre el propietario.

La función social del derecho y de los bienes sobre que recae, es el criterio delimitador del contenido de la situación jurídica de propiedad y el criterio de surgimiento de los deberes legales del propietario. Es por ello, puede decirse, la clave de la configuración legal o el principio ordenador de las intervenciones legales.

La aplicación en concreto de este principio ordenador puede llevar a un planteamiento público del goce de los bienes en propiedad, que, realizado con carácter general y sin la imposición de sacrificios especiales, parece conforme con los dictados de la Constitución. Se encuentra en esta línea, sobre todo, la limitación que pueda imponerse al goce de la propiedad en atención al destino económico asignable a los bienes. En el sistema absolutista de la propiedad, propio de la tradición liberal, determinar el destino económico del bien era obra de la individual acción del propietario.

La cláusula de la función social permitirá la intervención legislativa en el destino económico y la decisión de este destino en cualquiera de las líneas antes reseñadas. Como ha dicho la extinta Corte Suprema de Justicia:

...la función social no es una cualidad inherente de las cosas que constituyen el objeto del derecho de propiedad, sino un concepto jurídico de contenido económico y social, que deriva del incumplimiento de ciertas obligaciones o deberes que la ley impone al propietario, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate, y que en general es la sujeción de la propiedad cualquiera que sea, a las contribuciones, restricciones u obligaciones que establezca la ley, por razones de interés nacional...¹³

Para Eduardo NOVOA MONREAL¹⁴ la función social de la propiedad es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Según esta postura queda excluida la legitimidad de todas las manifestaciones del dominio que puedan entrar en conflicto con los intereses generales de la sociedad.

Por medio de la función social de la propiedad las Constituciones y legislaciones modernas tratan de resolver «la cuestión social» y alcanzar una

¹³ Sentencias de fechas 29-05-72 y 21-12-61 de la Sala Político Administrativa, citadas por Román DUQUE en «Constitución Política y Propiedad», *Revista de Derecho Público*, Número 19/1984.

¹⁴ Ob. cit.

forma de organización jurídico-institucional que les permita solucionar las múltiples contradicciones económico-sociales en que vive buena parte de las sociedades de hoy. La función social de la propiedad es expresión y síntoma de un deseo profundo de cambio jurídico-social que se trata de imponer en las sociedades actuales.

Para el llorado Luis María OLASO¹⁵ la propiedad privada también es uno de los problemas básicos de la justicia social. La distinción entre derecho «a» la propiedad y derecho «de» propiedad es clave para esta doctrina.

En efecto, para los principios de la justicia social todos los hombres, sin distinción de clase social, ni raza, ni nación, tienen derecho al uso conveniente de los bienes materiales, es decir, *derecho a la propiedad*. En cambio, el *derecho de propiedad* es un derecho exclusivo, que aparta a los demás hombres del uso, disfrute y propiedad de los objetos que legalmente se poseen con ese título.

En esta sintonía queremos destacar la concepción personalista sobre la propiedad que se ha construido en su lucha contra el individualismo y el colectivismo. Nos referimos a la formulación del pensador Emmanuel MOUNIER.

La propiedad que defiende este personalismo es una propiedad que no recibe su nombre del número de sus titulares, como la privada o la colectiva, sino de la función que cumple: *una propiedad al servicio de la persona*. No se puede negar que la propiedad privada ha servido como instrumento para limitar la tendencia del poder estatal hacia el absolutismo. Pero a la vez, las grandes concentraciones de propiedad privada se han asociado al poder político. La visión individualista de la propiedad es rechazada, porque hace del propietario, más que un agresor, una víctima.

Como señala MOUNIER¹⁶, el propietario está poseído por sus bienes, vive más pendiente de su protección que de su posesión. Lo más característicos de esta *propiedad-reivindicación* es que hace recaer toda su atención no en el uso de lo propio, sino en la posibilidad jurídica de poder privar a otros de su disfrute. La propia sociedad se deteriora con el establecimiento de una propiedad concebida con absoluta falta de solidaridad.

Para el personalismo, la solución a estos males no está en la colectivización de los medios de producción. La economía comunista se construye sobre una base materialista, incompatible con el pleno desarrollo, tam-

¹⁵ OLASO, Luis María, *Introducción al Derecho*, Caracas 1979.

¹⁶ Citado por CASTILLO..., ob.cit.

bién espiritual, al que tiene derecho la persona. La colectivización de la propiedad lleva aparejada, como efecto inevitable, la concentración del poder económico y político en un grado letal para la libertad de la persona. Mientras que el comunismo desemboca en una forma de capitalismo de Estado, el personalismo, fiel al principio de subsidiariedad, prefiere confiar la propiedad a las personas y a los grupos intermedios en que éstas se organizan.

La concepción personalista sobre la propiedad, entronca con la tradición cristiana recogida en Encíclicas como la *Laborem exercens*, la *Sollicitudo rei socialis* y la *Centesimus annus*, de Juan Pablo II. Aparte del valor ejemplar de la comunidad de bienes entre los primeros cristianos, o las graves acusaciones contra los ricos por parte de la patrística griega, es evidente que la Iglesia proclama actualmente la necesidad de poner la propiedad al servicio de la utilidad común. Es cierto que la interpretación más general ha consistido en sostener que las exigencias de la propiedad privada para con el bien común se concentraban en la obligación de dar limosna, y hasta estas últimas encíclicas la cosmovisión cristiana de la propiedad parecía reducir la actividad del Estado a situaciones de extrema necesidad. Desde el personalismo exigente de Mounier, la gestión de la propiedad puede ser privada, pero no porque así se garantice una mayor eficacia en su explotación, sino, sobre todo, porque conlleva la posibilidad de incrementar la responsabilidad personal.

Ahora bien, el uso ha de ser común, y no sólo para los casos de extrema necesidad, sino por la propia obligación de restituir al común lo superfluo. Para Mounier, la propiedad sobre la riqueza superflua es mera detentación. Para este personalismo mounieriano, el propietario que incumple la función social pierde la justificación sobre la propiedad que detenta. El personalismo no niega la propiedad privada como derecho natural. Lo que deplora es la parcialidad y manipulación de quienes levantan esa naturalidad para hacer de la propiedad privada un derecho intocable, o de quienes la emplean para olvidarse de la función social que la grava. Como afirma Santo Tomás, si la propiedad privada es un derecho natural, también lo es el uso común de los bienes. Es más, la propiedad privada es de derecho natural secundario, es decir, que se ha introducido por utilidades consideradas como razonables, tales como la mayor solicitud sobre aquello que se posee con exclusividad, siendo de derecho natural primario el derecho de todos los hombres a aprovecharse de los bienes de la tierra.

La propiedad tiene para el personalismo una doble finalidad: *personal y comunitaria*. Los bienes no sirven con exclusividad para satisfacer los intereses del propietario, sino que han de cumplir con las exigencias pro-

Frente a otros tipos de derechos reconocidos en la Constitución, que no ceden nunca ante la utilidad pública o el interés social, el derecho de propiedad puede decaer. Así aparece la propiedad como derecho subjetivo público debilitado, porque en el sistema constitucional cede cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación.

Creemos que son tres las garantías fundamentales de la propiedad privada previstas en la Constitución de 1999, frente a una eventual extinción por parte del Estado:

- a. La garantía de la reserva legal.
- b. La garantía expropiatoria.
- c. La garantía de prohibición de confiscaciones.

a.

Respecto a la primera diremos que opera para el establecimiento de las limitaciones a la propiedad, que sólo podrá formular el legislador mediante ley,¹⁹ o en los casos autorizados en la Constitución mediante Decreto-Ley. En este sentido aparece recogido el precepto de la reserva de ley en el artículo 115 de la Constitución de 1999 al establecer que «...la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley...».

Así en nuestro bloque de legalidad encontramos la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Ley de Reforma Agraria, Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública, Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, Ley Orgánica del Trabajo, Leyes impositivas, etc.

b.

La regulación moderna de la institución de la expropiación, como nos enseña el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA,²⁰ arranca en rigor, con un sentido peculiar, de la Revolución Francesa, y se concreta en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se ha venido aceptando un poder de expropiar en manos del Estado, capaz de hacer cesar la sagrada propiedad, pero inmediatamente se rodea esa eventualidad de todo un sistema de garantías. Por tanto, en el

¹⁹ CORTÉS DE ARAGÓN, Lourdes J., *Sociedad, Ciencia y Derecho*, San Cristóbal 1993.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid 1993.

constitucionalismo moderno se ha articulado la expropiación como reconocimiento de un límite a la propiedad, y como un sistema de garantías para hacer compatible su admisión con la garantía básica de la propiedad misma.

La expropiación forzosa se presenta como una institución de garantía de los intereses económicos privados, que implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulte privado de sus bienes o derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a los criterios objetivos de valoración prefijados por la ley, a través de un procedimiento en el que, previa declaratoria de la causa legitimadora de la concreta operación expropiatoria, se identifica el objeto a expropiar, se cuantifica el justiprecio y se procede a la toma de posesión de aquél y al pago de éste.²¹

El artículo 115 de la Constitución vigente establece el derecho de propiedad de la siguiente manera:

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.

En relación a la expropiación como garantía, el problema que plantea el artículo 115 de la Constitución de 1999, desde el punto de vista constitucional es delimitar el hecho expropiatorio, por «utilidad pública o interés social». Aunque la expropiación procedería ante cualquier tipo de bienes.

La Constitución de 1999 recoge la doctrina que determina dos aspectos fundamentales de la institución expropiatoria. Por un lado se puede distinguir una potestad expropiatoria, y por otro una garantía patrimonial. La primera es una potestad administrativa característica de la clase de las potestades innovativas, dotada de una especial energía y gravedad, la de sacrificar situaciones patrimoniales privadas. La garantía del particular, que, como es común en todas las instituciones de Derecho Administrativo, balancea y contrapesa esa potestad de la Administración, hace valer los límites y condiciones de tal potestad y reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin que implique el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización expropiatoria.

²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, ob. cit., p. 455.

La garantía constitucional del artículo 115 es la existencia de la causa de utilidad pública o de interés social y la indemnización correspondiente. Que esta indemnización sea justa y el pago de la misma *oportuno* refuerzan la garantía aquí establecida. También la necesidad de un proceso judicial para la procedencia de la expropiación constituye una tutela efectiva para el expropiado.

Como afirma el Profesor BREWER-CARÍAS la legislación sobre la expropiación no sólo regula el ejercicio por el Estado de una potestad pública, sino además regula las garantías necesarias para que esa potestad no atropelle el derecho individual. Así, en esta regulación, se pueden apreciar claramente los dos extremos entre los cuales se mueve el derecho administrativo: potestad pública por una parte, y garantías de los derechos de los particulares por la otra.²²

C.

En tercer lugar, la garantía respecto a la confiscación como medida restrictiva de la propiedad por razones de orden público que implica su transferencia forzosa al Estado, sin indemnización alguna. Así, la Constitución de 1999 formula la garantía general prevista en el artículo 116, de que «...no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por esta Constitución...». Pero se establecen tres excepciones a dicha prohibición; es decir, podrán ser objeto de confiscación:

- Los bienes de personas responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público.
- Los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público.
- Los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

CONCLUSIÓN

A modo de recapitulación sobre las ideas aquí esbozadas, no sin dificultad por lo polémico, intrincado y apasionado del tema, podemos concluir lo siguiente:

²² BREWER-CARÍAS, Allan R.: *El derecho de propiedad y la libertad económica*. En la obra estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo II, UCV, Caracas 1979.

- El reto de dar el salto del derecho de propiedad al derecho a la propiedad. Es imprescindible la intervención legislativa del Estado para articular los deberes de los propietarios y para posibilitar el acceso a la propiedad de los no propietarios.
- Que la condición de propietario se exprese más en un conjunto de deberes que una serie de facultades.
- Que la propiedad cumple funciones, como la de la tutela de la libertad, más que entenderla como uso y abuso de las cosas.
- Sacar todas las consecuencias posibles del principio de prioridad del trabajo sobre el capital.
- Entender que el derecho tiene que ver con la propiedad, y ésta con el progreso.
- Preguntar al neoliberalismo sin rostro ni corazón que ronda en nuestras sociedades: *¿Quiénes progresan, qué progresan y a costa de qué y de quiénes progresan?*
- Sin cambiar los hábitos consumistas y hedonistas, sin una opción clara por el ser frente al tener, no se puede garantizar la función de interés general de los bienes.
- No estatalizar los grandes medios de producción, pero sí de garantizar con la ayuda del Estado, su función comunitaria; de expropiar los bienes improductivos; de potenciar la autogestión y la participación de las personas y de los grupos sociales en la dirección de las empresas, haciendo realidad la primacía del trabajo sobre el capital; y de garantizar un mínimo vital, adecuado y digno, a todas las personas.
- Reconocer con generosidad el derecho de todos los hombres a percibir un subsidio de desempleo cuando están desocupados, y el derecho a emigrar a aquellos países en los que su trabajo puede ser más fecundo.
- La Constitución de 1999, al consagrar el Estado como Social y Democrático de Derecho y de Justicia, garantiza la propiedad y apuesta por un sistema de propiedad funcional en un contexto de justicia social.

Por ello, para terminar, transcribo el artículo 299 de la Constitución, que de manera generosa, ingenua y/o utópica, consagró el Constituyente para referirse a los principios orientadores y valores fundamentales del régimen socioeconómico del país:

El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de *justicia social*, democratización, eficien-

cia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y *solidaridad*, a los fines de asegurar el *desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad*. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, *para garantizar una justa distribución de la riqueza* mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta. [Cursivas nuestras.]

La edición de este libro consta de 1.000 ejemplares, y se terminó de imprimir en los talleres de la Imprenta Nacional en el mes de Agosto de 2001.
Caracas / Venezuela

