ESTUDIOS DEL INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela

LIBRO HOMENAJE A

TOMAS POLANCO ALCANTARA

José Guillermo Andueza
Alfredo Arismendi Aguana
Israel Argüello Landaeta
Alberto Baumeister
Alberto Blanco Uribe
Allan R. Brewer-Carías
Carlos Luis Carrillo Artiles
Ramón Crazut
Alfredo De Stefano Pérez
María Domínguez Guillén
Ramón Escovar León
Eugenio Hernández-Bretón
Gustavo Linares Benzo
Jesús Ollarves
Rafael Ortiz-Ortiz
José Peña Solís
Gustavo Quintero Navas
Manuel Rachadell
Armando Rodríguez García
José Tadeo Saín Silveira
Juan Carlos Sainz Borgo
Gregorio Silva Bocaney
Octavio Sisco Ricciardi
José Luis Villegas Moreno

ESTUDIOS DEL INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

LIBRO HOMENAJE A
TOMAS POLANCO ALCANTARA

Caracas, 2005

Miembros del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela

Prof. Alfredo Arismendi Aguana
Prof. Raúl Arrieta Cuevas
Prof. Eloisa Avellaneda
Prof. Jesús Caballero Ortiz
Prof. Carlos Luis Carrillo Artiles
Prof. Ramón Crazut
Prof. Juan D´Stefano
Prof. Héctor Faúndez
Prof. Santo Morrone
Prof. Miriem de Quintana
Prof. Bernardo Quintero
Prof. Manuel Rachadell
Prof. Juan Carlos Sainz
Prof. Maria Fernanda Valarino

© Copyrigth 2005
Instituto de Derecho Público
Universidad Central de Venezuela

Hecho el depósito de Ley
Depósito legal:55620053401905
IBSN :980-6913-01-9

Presentación

Producir y publicar un libro, por parte de una institución académica, puede obedecer a diversas razones. Por ello, también puede tener distintos efectos y cumple con objetivos diferentes.

En esta oportunidad, el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela ofrece una obra colectiva que reúne venticuatro trabajos monográficos sobre temas variados, de actualidad e interés, que se ubican en el solar del derecho público y son el resultado de la actividad investigativa de un grupo de académicos vinculados en mayor o menor grado con este centro de investigación jurídica.

De este modo, el Instituto cumple regularmente con sus objetivos fundamentales, cuales son, por una parte, la promoción y la realización de la investigación científica en el área del Derecho Público y las Ciencias de la Administración, y por otra, la colaboración con la difusión del conocimiento y el perfeccionamiento de la enseñanza.

La calidad y utilidad de los estudios comprendidos en la obra, son aspectos cuya apreciación definitiva deberá corresponder a los lectores, a través del ejercicio de reflexión y análisis propio del campo de las disciplinas jurídicas, por lo cual resulta inoportuno anticipar cualquier juicio valorativo sobre este tema.

Pero junto a eso, el Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara, que ahora se presenta al público, cumple con otro objetivo específico, cual es, el cumplimiento de un deber, la cancelación de una obligación en mora desde hace ya largo tiempo, a través de lo que sin duda, es la prestación más adecuada, en atención a las cualidades y características de la persona a quién se rinde homenaje en esta oportunidad.

Es el pago de una deuda en mora, pues desde hace más de dos décadas, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, había dispuesto la realización de un Libro Homenaje al Dr. Tomas Polanco, por intermedio del Instituto de Derecho Público, a cuyo efecto se diseñó el plan de la obra, se solicitaron oportunamente las colaboraciones y se recibieron buena parte de las mismas.

Sin embargo, el resultado final se vio frustrado, por diversas razones de orden práctico y económico, y principalmente, por el cambio en la política editorial adoptada por las autoridades de la Facultad en aquel momento, que privilegió la opción de diferir las publicaciones de Libros Homenaje - aún los ya comprometidos -, frente a obras monográficas diseñadas para el apoyo directo a la labor docente en los programas académicos de sus Escuelas.

En esta oportunidad se cumple, pues, una obligación debida, que aún cuando con largo tiempo, de plazo vencido, seguía siendo válida y de origen legítimo en cuanto a sus acreedores: el Profesor Polanco, la comunidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y, en fin, el público general, actual o potencialmente interesado en la obra.

Por lo que atañe al destinatario del homenaje, no hay duda que el peor efecto de la mora ocurrida, es que hizo perder la oportunidad de cumplir la deuda de gratitud, contando con su presencia física; pero con ello, se acrecienta la validez y legitimidad del homenaje mismo, al proyectarse la figura sabia, amable, discreta y serena del Profesor Tomás Polanco Alcántara, más allá de su tránsito terreno.

Tomás Polanco es protagonista de primera línea en el proceso de surgimiento del Instituto de Derecho Público.

Fue alumno del primer curso que dictó el Maestro Antonio Moles Caubet en la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y de allí se convirtió en su asistente en el Seminario de Derecho Público que Moles fundó como antecedente inmediato del Instituto, al cual se mantuvo vinculado de manera constante toda su vida.

Aún cuando no ocupó formalmente cargos directivos en la Facultad, puede decirse que ha ejercido de manera constante, la ***auctoritas*** propia del saber, que cuando es verdaderamente tal, va acompañado de la discreción, la ponderación y el buen trato humano, que le generó el reconocimiento y el lugar que ostenta entre sus colegas, y muy particularmente, entre quienes tuvimos el privilegio de ser sus alumnos y, más que eso, sus amigos.

De manera que, no hay lugar a dudas en cuanto a la pertinencia del presente homenaje, por el Instituto de Derecho Público, para quién ha sido una de las primeras semillas sembradas y cultivadas en él.

Pero además, creo que no podría haber mejor homenaje que un Libro, para quien cultivó tan asiduamente la lectura y amó de tal manera los libros, que los convirtió en expresión de su afecto personal, como lo demuestra el delicado ensayo que bajo el título de "El mágico encanto de los libros" editó como *obsequio a sus amigos,* para la Navidad de 1.987.

En esa obra nos dice el Dr. Polanco que, "...*Los libros tienen fuertes enemigos, gentes que los temen y fervientes amigos. Se dice que los primeros enemigos de los libros son los mismos del espíritu humano: la humedad, que ablanda sus hojas hasta hacerlas desaparecer y su contrario, la sequedad del ambiente que las endurece hasta partirlas; una y otra destruyen el libro pero no su esencia. Peor es la sequedad en la conciencia y la humedad en el alma...* ". Confiamos en que iniciativas como la que ahora se ofrece permitan hacer prevalecer la presencia de valores como los que predicó y practicó Tomás Polanco, contribuyendo a incrementar, en número y calidad, el contingente de fervientes amigos de los libros.

Armando Rodríguez García.

CUANDO YO ME VAYA

En los vuelos largos los viajeros veteranos sensibles advierten, cuando más o menos falta una hora para llegar, que *algo está pasando.*

Se ha iniciado el descenso que obliga a calibrar la presión interior con la altura.

Un rato más tarde el descenso ese evidente y se observan previsiones para preparar el fin.

Cuando falta poco el Capitán, con la pista enfrente, la anuncia. En tiempo todo terminará.

La vida humana es similar. En determinado momento se siente que *algo está pasando*. Nada igual que antes. Por más esfuerzos que quieran hacerse es inútil. Pronto se acelerará el proceso hasta que llegue el fin.

No tengo en estos momentos, según dicen Luis Enrique e Isturiz, ningún problema especial pero el descenso se ha iniciado y quiero, antes de formar parte de mi querido Ávila, hablarles de unas cuantas cosas de las cuales solamente se hablará después que yo me vaya.

Los he querido mucho. A ustedes y a sus hijos, mis nietos. Son diferentes pero forman el mejor regalo que Dios me hizo, es un conjunto maravilloso y bello por el cual doy gracias todos los días.

Quizás fui seco con ustedes. Era la forma de ser de mi tiempo. No tuve la cara sonriente de mi papá ni el tono siempre afectuoso de mis tías pero los quise con toda mi alma. Con mis nietos traté de reparar ese error y les di abrazos y besos cada vez que quise.

Tomás me hizo un comentario, en el cual seguramente tiene razón, acerca de cómo la intensidad de la vida que he llevado me permitió lograr hacer lo que hice pero que a la vez me alejó, me impidió o hizo menos frecuente, que

pudiera deleitarme o gozar de otras cosas que la vida tiene: vacaciones largas, descansos, comodidad, etc.

Si bien es verdad que fue así y no me arrepiento de ello, también es verdad que tal forma de vivir fue agotando mis energías. Ahora, que tengo setenta y cinco, mis energías vitales no son tan amplias aunque sí lo es mi optimismo aunque a veces parezca lo contrario.

Quiero que ustedes, que forman una familia tan grande, sean respetuosos los unos de los otros, no pretendan nunca interferirse, entrometerse uno con los demás. Deben siempre apoyarse los unos a los otros pero nunca lleven a cabo ningún negocio juntos.

Pero lo que más me importa es que ustedes traten y enseñen a sus hijos a vivir dentro de tres normas permanentes: el trabajo, la honestidad y la eficiencia.

El trabajo no es una maldición ni un castigo. Nunca dejen de trabajar. Es el precio de la vida: *ganarás el pan con el sudor de tu frente.* Todo trabajo es bueno, es digno, es honesto.

Recuerden siempre que el trabajo tiene dos modalidades, una la de servir de instrumento para alcanzar los medios materiales que necesita la vida. El otro cumplir con la obligación de contribuir a la fortaleza de la colectividad.

Pero nunca entiendan al trabajo como un fin sino como el medio. Como fin es un disparate. Como medio es la forma legítima de vivir.

La honestidad resulta fundamental para la vida. La aprendí de mi padre y de mi abuelo. Es no tomar lo que no es de uno, es hacer lo que se debe hacer y no hacer lo que no se debe hacer.

La eficiencia requiere hacer bien lo que se debe hacer o al menos procurarlo.

Nunca duden en trabajar, en ser honestos, en ser eficientes.

Crean siempre en Dios. A él nunca se le puede ver pero siempre lo sentirán sobre todo en caso necesidad. Hablen con Dios. Eso es orar. Decirle

lo que uno quiere, lo que se necesita y pedirle ayuda, no la que uno quiere sino la que él le dé. Rezar no es recitar oración formal que no se entiende, rezar es eso, hablar con Dios. Sin embargo, de las oraciones formales el Padre Nuestro lo abarca todo, el Credo señala nuestras creencias como cristianos, el Ave María, el ruego a la Santísima Virgen para que ella ruegue por nosotros en el momento de impetrarla y en la hora de la muerte.

Les pido que en procura de ser católicos con todo lo que ello significa. Nunca dejen de practicar esa religión a la que hemos pertenecido todos. Respeten a sus sacerdotes y ayúdenlos en sus obras en cuanto sea posible. Todo sin perder de vista la tolerancia, el respeto por las creencias y conducta de los demás y la solidaridad humana.

No le guarden rencor a nadie. No odien a nadie. Esos sentimientos hacen mucho daño a quien los experimenta.

Procuren siempre hacer el bien, incluso a quienes le hubiesen causado algún daño o sean personas desconocidas.

No causen, voluntariamente, daño a nadie. No olviden que se trata de una norma cristiana que tiene un profundo contenido práctico: quien recibe un daño puede ser que no lo cobre pero es muy probable que sí lo lleguen hacer sus hijos, sus nietos, sus parientes. Hacer un daño es tener, por tanto, una espada sobre la cabeza que no sabemos cuando nos va a herir.

No discriminen a nadie por su raza, su nacionalidad, su idioma, sus costumbres, el color de su piel. Por nada. La discriminación es una forma cruel de dañar a gente inocente. Por eso es abominable.

Respeten su hogar, pase lo que pase. Cada hogar tiene su forma de ser respetado, la de uno no es la de otro, pero en todos, ese respeto es indispensable.

Atiendan a ese hogar. Educar un niño es una seria tarea. Lo que ustedes hagan el niño lo verá cuidadosamente y será su guía. Manejar bien el hogar, con un profundo respeto, es la mejor educación para los hijos.

Sean generosos nunca avaros. Es mejor tener menos y dar más que tener más y dar menos o nada.

Procuren leer constantemente para así conocer nuevas ideas y mejorar las existentes, para estar al tanto de los avances de la cultura, para una continua superación de sí mismos. Por parecidas razones escuchen música, no cualquier tipo de música sino la que eleva el alma.

Ojalá siempre los anime, a ustedes y a mis nietos, un fervoroso amor por Venezuela. Debemos querer, amar y venerar a la Patria. No hay que ocuparse tanto de morir por ella, que casi siempre inútil, sino de vivir por ella y para ella. Así decía Don Augusto Mijares.

Sean siempre venezolanos, orgullosos de su país. Este es el nuestro. Hay que darse cuenta que cada ser humano para poder existir supone, desde los tatarabuelos, treinta otros detrás de él. Y de los que corresponden a ustedes, casi el noventa por ciento, nacieron, vivieron y murieron en Caracas. Aquí están sus restos, sus costumbres. Afuera hay que comenzar de nuevo. No crean que eso es sencillo y que se justifica. Sólo se puede hacer en casos muy extremos y con plena conciencia de no ir al Paraíso sino al Purgatorio.

Los demás no son mejores que nosotros. Puede que se alimenten mejor, que tengan mejor salud, que vivan más tranquilos. La verdad es que solamente son distintos.

Mi último encargo es: siempre cuiden a su madre. Es casi seguro que yo me iré antes que ella y ella no debe quedar sola, debe quedar con ustedes. No le causen mortificaciones, no la usen, no la olviden.

Ella fue una inadvertencia en la administración de las huestes celestiales, pues en lugar de enviar un ser humano enviaron un ángel.

Siempre la he querido profundamente y para mí fue mi vida, mi conductora, mi ayuda. Solo conocerme apenas viendo mi cara. Interpretar mis sentimientos sin oír nada.

Ha estado siempre a mi lado, nunca me falló, siempre fiel, precisa, digna. Ha sido una mujer pura, insigne, incapaz de pensar mal, de hacer daño.

Si yo tuviera que pagar por ella jamás llegaría a tener suficiente.

De ningún modo le causen dolor. Nunca la abandonen. Ustedes deben protegerla porque ella nunca ha conocido el mundo externo, ni la maldad, ni la intriga. Protegerla para que no le pase nada, para que viva lo mejor posible.

Contribuyan para que el nuestro sea un país en donde exista libertad, tolerancia, progreso. Cada uno debe hacer lo suyo sin creerse redentor de la Patria.

Les ruego ocuparse de mis libros. La Biblioteca la pueden regalar a la Institución que estimen conveniente. Pero los libros que escribí, procuren que, al ser ofrecidos al público, el modesto beneficio que produzcan sea utilizado en beneficio de estudiantes que necesiten ayuda para seguir estudiando.

No se olviden nunca de rezar por mi, para que alcance la vida eterna.

De mí quedarán unas cenizas y cuando observen el Ávila recuerden que allá está su padre, contento de verlos y siempre bendiciéndolos.

Tomás Polanco Alcántara.

INDICE

El Control Parlamentario y la Responsabilidad Política
José Guillermo Andueza 15

El Recurso de Revisión Constitucional contra Sentencias Definitivamente Firmes de Amparo Constitucional y de Control de Constitucionalidad de Leyes y Normas Jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva
Israel Argüello Landaeta 33

Los Ejidos
Alfredo Arismendi 45

Observaciones y Comentarios al Régimen Contencioso Administrativo de los Actos cumplidos en Ejecución de la Actividad Agroalimentaria
Alberto Baumeister Toledo 63

La Tutela Procesal del Administrado en la Nueva Constitución
Alberto Blanco-Uribe Quintero 85

El Paralelismo entre el Constitucionalismo Venezolano y el Constitucionalismo de Cádiz
Allan Randolph Brewer-Carías 101

La Asunción Jurisprudencial de la Interpretación Constitucional Autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano
Carlos Luis Carrillo Artiles 191

La Siembra del Petróleo como postulado fundamental de la Política Económica Venezolana: Esfuerzos, Expectativas y Frustraciones
Ramón Crazut 225

La Constitución Económica y la Intervención del Estado en la Economía
Alfredo De Stefano Pérez 255

Primacía de la persona en el Orden Constitucional
María Candelaria Domínguez Guillén 299

El Precedente Constitucional: Definición y Límites
Ramón Escovar León 321

Ciudadanos y Ciudadanas
Eugenio Hernández-Bretón 351

Tierra, Pan, Trabajo y Justicia
Gustavo Linares Benzo 363

La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela
Jesús Ollarves Irazábal 373

El Derecho de Control de Datos Personales en el Derecho Europeo Comparado
Rafael Ortíz-Ortíz 387

La Actividad Administrativa de Fomento en Venezuela
José Peña Solís 427

Retiro de los Actos Administrativos en Derecho Colombiano
Gustavo Quintero Navas 491

La Solidaridad Interterritorial en la Constitución de 1999
Manuel Rachadell 513

Apuntes Jurídicos sobre Ordenación del Territorio y Desarrollo sostenible en la Venezuela Contemporánea
Armando Rodríguez García 535

El Principio de Legalidad Sustantivo Penal en los Textos Constitucionales de la República
José Tadeo Sain Silveira 561

Régimen Administrativo de la Política Exterior
Juan Carlos Sainz Borgo 585

De las Demandas contra los Estados y Municipios y la Casación. Análisis Jurisprudencial
José Gregorio Silva Bocaney 623

Hacia un nuevo concepto de Servicio Público. Su visión en la Constitución Venezolana de 1999
Octavio Sisco Ricciardi 649

El Acceso a la Justicia Administrativa en la Provincia Venezolana
José Luis Villegas Moreno 693

EL CONTROL PARLAMENTARIO Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

POR JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA

SUMARIO: I. EL CONTROL DEL PODER Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA. II. ORIGEN HISTÓRICO DE ESA RESPONSABILIDAD. III. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA DIFUSA. IV. EL CONTROL POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA.

I. EL CONTROL DEL PODER Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

En los sistemas representativos de gobierno uno de los problemas más inquietantes y que no ha podido resolverse de manera satisfactoria ha sido el del control del poder. En efecto, en virtud del fenómeno de la representación política los gobernados delegan en los gobernantes la función de gobernar. La representación supone una identidad de propósitos, de ideas y de acciones concretas entre gobernantes y gobernados que, por lo general, no suele darse en la práctica. En los sistemas representativos, mientras el gobernante está en el ejercicio del poder los gobernados carecen de mecanismos efectivos para hacer que el representante actúe según su voluntad y cumpla con sus directrices y propósitos. Ya Juan Jacobo Rousseau, en los inicios de la formulación doctrinal de la democracia, consideró que *"la soberanía no puede ser representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada"*. De esta premisa Rousseau deduce que *"los diputados del pueblo no son, (...) ni pueden ser sus representantes, no son más que sus mandatarios; no pueden concluir nada definitivamente"*. Y luego hace una observación llena de un profundo contenido político: *"El pueblo inglés cree ser libre, y se engaña mucho: no*

lo es sino durante la elección de los miembros del parlamento; desde el momento en que éstos son elegidos, el pueblo ya es esclavo, no es nada. El uso que hace de los cortos momentos de su libertad merece bien que la pierda" (véase Rousseau, Jean-Jacques, El contrato social, M. Aguilar Editor, Buenos Aires, 1958, p. 173-174). En efecto, en el momento mismo en que se realiza el acto electoral se produce la identidad de voluntades entre representantes y representados. En ese momento el pueblo decide quiénes son sus representantes y muestra su acuerdo con el programa de gobierno. En el acto electoral se registra, como en una fotografía, la identidad que existe entre electores y elegidos. En esa primera fotografía la representación política aparece nítidamente retratada porque muestra, en el acto electoral, a los electores totalmente identificados por sus representantes. Sin embargo, es posible que en la segunda fotografía comiencen a aparecer ciertos cambios en la identidad existente entre electores y elegidos; ya sea porque el representante tenga ahora más apoyo o porque haya perdido parte del conquistado. Mientras el gobernante ejerce el poder, la representación se asemeja a una secuencia de fotografías donde cada una de ellas revela realidades distintas. En esa sucesión de escenas se puede observar varios planos. En la fotografía inicial se aprecia la identidad entre electores y elegidos. En las fotos sucesivas se pueden apreciar varias diferencias, como puede ser que el gobernante haya aumentado el grado de representatividad o que lo haya disminuido. Precisamente para poder medir el grado de identidad que existe entre representantes y representados, en los sistemas democráticos se ha establecido el llamado a elecciones periódicas y frecuentes. En cada elección, los electores podrán ratificar a los gobernantes su confianza política o, por el contrario, podrán reemplazarlos en el ejercicio del poder.

Hamilton y Madison, al comentar la Constitución de los Estados Unidos de América, sostuvieron que *"las elecciones frecuentes son, sin duda alguna, la única política que permite lograr eficazmente"* la dependencia inmediata del representante con el pueblo y una estrecha simpatía con él. Estos comentarios fueron hechos cuando analizaban la duración de la Cámara de Representantes, que fue fijada en dos años. Esos autores pensaban que *"cuando no entren en juego otras circunstancias"* es conveniente tener presente que *"cuanto más grande sea el poder, menor debe ser su duración y, a la inversa, que cuanto menor es el poder, con mayor tranquilidad puede prolongarse su duración"* (véase Hamilton, Madison y Jay, El Federalista, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 224 y 226).

No obstante la existencia de la periodicidad de las elecciones en los sistemas democráticos, la representación política no ha podido resolver todavía

el problema de la identidad permanente que debe existir entre electores y elegidos, ya que si bien en el acto electoral el pueblo confirma o revoca la confianza depositada en sus representantes, también es cierto que entre elección y elección el pueblo actúa como un simple espectador frente a la actuación de sus representantes porque durante ese tiempo carece de medios eficaces para hacer valer su voluntad. Ante este vacío de representación, los precursores de la democracia tuvieron que diseñar un mecanismo endógeno para controlar el poder y evitar o corregir los abusos y la arbitrariedad de las autoridades. Ya lo dijo Montesquieu, ese ideólogo de la separación de los poderes, cuando escribió que *"la libertad política no se encuentra más que en los gobiernos moderados. Pero no siempre está en los estados moderados; sólo cuando no hay abuso de poder, y es una experiencia eterna que todo hombre dotado de poder es proclive a abusar de él, extendiéndolo hasta donde encuentra límites. ¿Quién lo diría?. Hasta la virtud necesita límites"*. Finaliza este pensamiento afirmando que para que no se pueda abusar del poder hace falta que, por *"la disposición de las cosas, el poder refrene al poder"*. (Montesquieu, El espíritu de las leyes, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2002, p. 244-245). Con esta frase Montesquieu enuncia el sistema de frenos y contrapesos que luego se convertirá en uno de los principios esenciales de la democracia representativa. Ante la imposibilidad práctica de que fuera el mismo pueblo quien ejerciera el control sobre el funcionamiento del gobierno se optó entonces por un sistema donde cada poder pudiera controlar a los otros. Como lo señala Madison en el Federalista 48, *"no puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen"*. Sin embargo, según este autor, *"la tarea más difícil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros"*. La concentración de todos los poderes *"en las mismas manos constituye precisamente la definición del gobierno despótico"*. Y luego agrega: *"Un* despotismo electivo *no es el gobierno por el que luchamos; sino uno que no solamente se funde en principios libres, sino que sus poderes estuvieren divididos y equilibrados de tal modo entre los distintos cuerpos de magistrados, que ninguno pasara de sus límites legales sin ser contenido y reprimido eficazmente por los otros"* (Madison, El Federalista, ibidem, p. 210-212). Esta observación de Madison merece destacarse. No basta con que la Constitución establezca los límites a los poderes sino que se necesita también que los dote de contenido y les conceda facultades para que resistan las invasiones que puedan venir de los otros poderes.

El despotismo electivo previsto por James Madison muy pronto se vio realizado en Francia por la actuación política de Napoleón Bonaparte y del

príncipe Luis-Napoleón Bonaparte. En la forma en que estos dos gobernantes franceses ejercieron el poder, la soberanía teóricamente perteneció al pueblo quien la abandonó *"en un hombre de su confianza, el* César *que concentra el ejercicio de esta soberanía entre sus manos"*. A esa forma de gobernar el tratadista francés Berthélemy la denominó gobierno cesarista (véase Barthélemy, Joseph y Duez, Paul, Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel, Librería Dalloz, Paris, 1926, p. 84) y el tratadista también francés Marcel Prélot la calificó de cesarismo democrático porque se propone combinar el autoritarismo y la democracia (véase Prélot, Marcel, Institutions Politiques et Droit Constitutionnnel, Dalloz, Paris, 1961, p. 162). Este cesarismo democrático coincide parcialmente con el presidencialismo caudillista que se ha practicado en América Latina.

Si al despotismo electivo, cualquiera que sea su forma cesarista, se le hacen varias fotos en momentos distintos podrá observarse en la primera foto una cierta identidad entre el pueblo y el César, pero en las últimas se podrá ver a un César muy solo, acompañado de su maquinaria represiva, pero carente de aliento y apoyo popular.

No obstante los esfuerzos hechos por mantener la identidad entre electores y elegidos, la representación política sigue mostrando situaciones conflictivas cuando ella se vacía de contenido, como sucede, entre otros, con los despotismos electivos. En estos sistemas aparece, con mucha claridad, una supuesta democracia electiva donde no funciona ni la soberanía popular ni los controles constitucionales. En estos casos, el esfuerzo doctrinario ha desatendido el estudio de las medidas que garanticen el efectivo ejercicio de la soberanía o de la voluntad colectiva del pueblo y se ha concentrado *"en proteger la libertad y seguridad personales contra las intervenciones arbitrarias de los poderes públicos"* (véase Gérard, Philippe, Droit et démocratie, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1995, p. 123). Estos esfuerzos son los que han conducido a elaborar una doctrina orientada más a proteger los derechos humanos que a profundizar la democracia con más participación popular. Esta doctrina se la conoce con el nombre de democracia gobernada o democracia de protección. A este tipo de democracia se le llama gobernada *"por la independencia de que gozan los gobernantes"* ya que éstos *"no representan una clase o una tendencia social determinada, sino la voluntad indivisible del grupo nacional"*. Son independientes también porque *"las voluntades ciudadanas de las que son tributarias les dejan una amplia libertad de maniobra para deducir la voluntad del pueblo de un compromiso entre la mayoría y la minoría"*. Son independientes, en fin, porque *"la organización de los poderes públicos está concebida de forma que éstos puedan dar pruebas*

de una iniciativa a la medida de sus responsabilidades". El mandato que reciben los gobernantes *"es testimonio de una confianza que los libera, no de una suspicacia que los paralizaría"* (Burdeau, Georges, La democracia, Ediciones Ariel, Caracas-Barcelona, 1960, p. 49-50). Si la doctrina democrática no se concentra en la búsqueda de instituciones y de procedimientos que garanticen fielmente la expresión de la soberanía popular o el respeto de la voluntad colectiva por las dificultades prácticas que ello ofrece, entonces el esfuerzo se debería concentrar en la búsqueda de los controles internos o externos para proteger la libertad humana. Entre los controles internos que permiten a las personas ejercer influencia sobre el gobierno se encuentra el control que la opinión pública, mediante la publicidad o las mediciones de la misma, tiene en el funcionamiento de la democracia. Estas frecuentes mediciones, al igual que las elecciones periódicas, permiten a los gobernantes conocer las variaciones que se producen en ella, lo que es fundamental para un gobernante democrático. Por eso, en un sistema democrático, la libertad de expresión y la libertad de información, además de formar parte de los derechos esenciales de la persona humana, son también herramientas fundamentales de la democracia. Si se privare al pueblo de esos dos derechos se le estaría negando también uno de los medios de control más importantes que tiene sobre el gobierno.

II. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Además de la división de los poderes, del establecimiento de elecciones periódicas y del respeto por la opinión pública, la democracia ha sancionado a los funcionarios públicos con la responsabilidad personal en aquellos casos en que, en ejercicio de la función pública, violen la Constitución o las leyes. La responsabilidad del funcionario, cualquiera que sea su jerarquía, constituye un límite a su actuación y una obligación moral con los usuarios de los servicios. Tan importante es esta responsabilidad que el artículo 6 de la Constitución, que contiene las decisiones políticas fundamentales del sistema político venezolano, la incluye entre esas decisiones. Esa responsabilidad afecta tanto al Estado cuando presta los servicios públicos como a los funcionarios públicos 'por los hechos ilícitos en que hayan podido incurrir en el ejercicio de las funciones'. La responsabilidad patrimonial del Estado está claramente definida en el artículo 140 de la Constitución que establece que ese ente responde patrimonialmente cuando cause daños en los bienes y derechos de los particulares que sean imputables al funcionamiento de la Administración Pública. Esta obligación de reparar integralmente los daños está ratificada en el articulo 30 del mismo texto constitucional. La responsabilidad personal del funcionario está también establecida en el artículo 139 de la Constitución que dispone que *"el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o*

desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley". Este principio general de la responsabilidad del funcionario, la Constitución la hace expresa en el caso del Presidente de la República (artículo 232), del Vicepresidente Ejecutivo (artículo 241), de los ministros (artículos 242, último aparte, y 244, último aparte) y de los jueces (artículo 255, último aparte).

Esta responsabilidad personal se suele concretar en los siguientes tipos: a) *La responsabilidad civil* que incumbe a todos los funcionarios cuando hayan ocasionados daños a los particulares o al mismo Estado en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones. La sanción de la responsabilidad civil consiste en el pago de una suma de dinero a la víctima del daño . b) *La responsabilidad penal* compromete al funcionario cuando su acción u omisión, realizada en el ejercicio de sus funciones, está tipificada como delito. La sanción penal consiste en el cumplimiento de una pena privativa de libertad o en el pago de una suma de dinero. c) *La responsabilidad administrativa disciplinaria* se origina por las faltas en que el funcionario incurra en el ejercicio de sus funciones. La sanción disciplinaria consiste en la pena de destitución, suspensión o amonestación. d) Por último, *la responsabilidad política de los ministros*, cuyo ámbito de aplicación es amplísimo, porque son muchos y diferentes los motivos que pueden originarla. En efecto, la responsabilidad política resulta de un juicio donde el canon o parámetro con arreglo al cual se va a producir la condena es esencialmente político. El criterio para juzgar la conducta del ministro no se centrará en la legalidad de la actuación sino en la oportunidad o conveniencia del acto o de la omisión. La actuación pudo ser perfectamente legal, pero si el parlamento considera que fue inoportuna o inconveniente puede entonces pronunciar la censura. El juicio, pues, tiene por base consideraciones políticas. Sin embargo, ello no significa que un ministro que cometió un delito o un hecho ilícito no pueda ser condenado políticamente mediante el voto de censura. En estos casos será sancionado política, penal y civilmente. En el procedimiento de control político no se juzga, pues, acerca de la legalidad de la conducta ministerial sino sobre su oportunidad o conveniencia, aun cuando la responsabilidad política pueda tener por fundamento un delito o ilícito civil. Pero estos hechos serán apreciados políticamente y no judicialmente.

La responsabilidad penal, la civil y la administrativa disciplinaria son comunes a todos los sistemas políticos, excepción hecha de los sistemas monárquicos donde el rey es irresponsable e inviolable. En cambio, la responsabilidad política ante el parlamento es típica de los sistemas parlamentarios. Además, la responsabilidad penal y la civil requieren de una sentencia judicial y la responsabilidad administrativa disciplinaria de una decisión administrativa. La responsabilidad política sólo la pronuncia el Parlamento.

La responsabilidad política no es otra cosa que la condena que pronuncia el Parlamento cuando ejerce la función de control sobre el Poder Ejecutivo, condena que tiene como sanción la caída o pérdida del poder del gobierno. Esta forma de hacer efectiva la responsabilidad política por parte del Parlamento se inició en el sistema parlamentario inglés, por circunstancias históricas. Sin embargo, por necesidades prácticas y conveniencias políticas, el control del órgano legislativo sobre el ejecutivo se ha hecho extensivo a otros sistemas políticos distintos al parlamentario, como al sistema presidencialista. En este sistema, debido a la rígida separación de los poderes que allí existe, el control del Parlamento o del Congreso sobre el ejecutivo no puede llegar a la destitución del Presidente de la República. Y no puede llegar a la destitución, pese a ser el Presidente de la República el jefe del gobierno, por la sencilla razón de que este funcionario no es responsable políticamente ante él. Pero la circunstancia de que el Presidente de la República, en un sistema presidencialista, no pueda ser destituido por el Congreso ello no significa que el Poder Ejecutivo esté exento de todo tipo de control directo o indirecto. En el sistema presidencialista el Congreso controla al ejecutivo mediante otros procedimientos que no conducen a la declaratoria de responsabilidad política y a la destitución del jefe del gobierno y de su gabinete. En efecto, la Constitución, cuando hace la distribución del poder, confiere al órgano legislativo funciones que no son, por su propia naturaleza, de índole legislativa. Por ejemplo, la Constitución exige que el nombramiento de ciertos funcionarios de la rama ejecutiva sea autorizado por el Congreso. También exige que los tratados internacionales o el presupuesto de gastos sean aprobados por el órgano legislativo. Pues bien, en esos casos el Congreso, al conceder o negar la autorización o aprobación, ejerce un control político sobre la política internacional o sobre los gastos públicos. Estas formas de control parlamentario no conllevan la destitución o remoción del gobierno pero tienen importantes efectos políticos.

Esta variedad de formas de control parlamentario ha llevado al tratadista español Manuel Aragón Reyes a sostener que ese control tiene dos significados. *"Uno, al que podría llamarse significado estricto, consistiría en entender que el control parlamentario ha de incluir, necesariamente, la capacidad de remover al titular del órgano controlado; su ejercicio se llevaría a cabo mediante la votación de confianza y la moción de censura"*. Este significado, en criterio Aragón Reyes, resulta *"escasamente operativo"*, ya que *"sólo podría hablarse de la existencia del control parlamentario en los países de forma parlamentaria de gobierno, pero no en los países de forma presidencial, pese a que en éstos el Parlamento desempeña una función innegable de contrapeso, de freno, de fiscalización, en suma, de la actividad gubernamental"*. En el segundo significado habría que incluir en

el control parlamentario *"toda la actividad de las Cámaras destinada a fiscalizar la acción del Gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de sanción inmediata (esto es, de remoción de los titulares del órgano controlado)"* (véase Aragón Reyes, Manuel, Información parlamentaria y función de control en VVAA, Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias, Cuadernos y Debates N° 52, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 23-24).

La responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento es, como ya se dijo, una institución que nació en Inglaterra como consecuencia de la lucha que libró el Parlamento de ese país por limitar las atribuciones de la Corona. Ese objetivo comienza a concretarse con la llamada Revolución Gloriosa de 1688-1689 cuando el Parlamento se impone a la Corona y el 13 de febrero de 1689 hace que el príncipe y la princesa de Orange, Guillermo y María, acepten la Corona y respeten la Declaración de Derechos. En esta nueva relación constitucional, el Parlamento obligó a la autoridad real a que solicitara su autorización para poder sostener una fuerza militar permanente. En la Declaración de Derechos se estableció que el sostenimiento de un ejército permanente en tiempos de paz era contrario a la ley, a menos que contara con el consentimiento del Parlamento. Asimismo, se convino en que el monarca debía solicitar anualmente la aprobación del Parlamento para el cobro de los impuestos. Esta normativa obligaba al rey a acudir anualmente al Parlamento para solicitarle su autorización tanto para el mantenimiento del ejército como para el cobro de los impuestos. Para obtener esa autorización el rey necesitaba llegar a acuerdos con la mayoría parlamentaria y la forma más simple para llegar a esos acuerdos no fue otra que el rey incorporara en su gabinete a miembros del partido mayoritario o a personas a las que el Parlamento le tuviera confianza. Para que el acuerdo entre el Parlamento y la Corona se respetara se introdujo entonces el mecanismo de la responsabilidad política. Es decir, si la Corona no cumplía con el acuerdo concertado entonces el Parlamento censuraba a los ministros del rey y éstos tenía que renunciar. Ejemplos de este control ya se encuentran en el siglo XVIII cuando el Parlamento hizo efectivos los primeros casos de responsabilidad ministerial.

A partir de la Revolución de 1688-1689, la responsabilidad política será uno de los instrumentos más usados por el Parlamento inglés para luchar contra las prerrogativas del rey y democratizar la monarquía. A partir de ese momento en Inglaterra se impuso el imperio de la ley y se abandona el absolutismo monárquico. Durante el siglo XIX y parte del siglo XX puede decirse que en Inglaterra quien gobernaba era el Parlamento aun cuando el gabinete dependía formalmente del rey. Y gobernaba en virtud del control parlamentario que ejercía mediante la cuestión de confianza y del voto de censura.

Hasta la segunda guerra mundial predominó en Europa la opinión de que era el Parlamento el garante de la Constitución y de los derechos humanos. Esta opinión puso mucha confianza en el mecanismo de la responsabilidad política y desestimó cualquier forma de control jurídico. Sin embargo, la experiencia vivida entre las dos guerras mundiales, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo como resultado de la concepción del Estado providencia o benefactor y la importancia adquirida por los partidos políticos, hizo variar el concepto clásico del control parlamentario. Con la experiencia del estado totalitario, en todas sus manifestaciones, se puso de manifiesto que la protección constitucional de los derechos humanos era insuficiente y se necesitaba más bien de una protección internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, fue el primer intento por internacionalizar los derechos del hombre. Con la creación de los tribunales constitucionales se suprimió la supremacía del Parlamento, quien pasó también a estar sometido al control de constitucionalidad. Con la admisión de los recursos judiciales de inconstitucionalidad y la generalización de la figura del ombudsman se alcanza una mejor protección de los derechos humanos. Con el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y la importancia adquirida por los partidos políticos, se hizo indispensable una revisión de los mecanismos del control parlamentario.

En efecto, aquella concepción liberal del Estado que lo reducía a la protección de la seguridad y tranquilidad de la ciudadanía cede el paso a una organización que adquiere una gran responsabilidad en la promoción del hombre y de su bienestar. Esta nueva concepción del Estado lo obliga a intervenir y a crear servicios públicos para dar adecuada respuestas a las exigencias de los derechos sociales y a fundar empresas públicas para crear condiciones económicas más justas y equitativas. Estas nuevas e importantes responsabilidades del Estado no recaen en el parlamento sino en el Poder Ejecutivo, lo que crea un nuevo desequilibrio entre los poderes. El Parlamento, que en la concepción inglesa era el soberano y, por consiguiente, era el que gobernaba y controlaba al gobierno, ahora aparece más bien como una dependencia del gobierno.

En efecto, para que el Poder Ejecutivo sea efectivo y eficiente requiere que esté organizado de manera homogénea. Pero esa homogeneidad no puede limitarse a los integrantes del gobierno sino que tiene que establecer lazos muy firmes con la mayoría parlamentaria para garantizar la estabilidad del gobierno. De esta manera la mayoría parlamentaria pierde su función de control del gobierno para convertirse en apoyo político del gobierno. Con este cambio de funciones, el Parlamento aparece ahora como gobernado por el ejecutivo. La

mayoría parlamentaria es una pieza importante del engranaje del gobierno. Ella respalda las iniciativas provenientes del ejecutivo y obstaculiza cualquier intento de las minorías por censurar al gobierno. Este nuevo papel de las mayorías parlamentarias hace que el instrumento de la responsabilidad política caiga en desuso y sólo en casos muy excepcionales el Parlamento pueda hacer uso del voto de censura. Esta nueva realidad parlamentaría ha obligado a buscar otras formas de control que permitan al pueblo ejercer una efectiva fiscalización sobre el excesivo poder que detenta el gobierno, fiscalización que el Parlamento no está en condiciones de ejercer.

III. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA DIFUSA

Debido a las dificultades que ofrece la utilización del procedimiento parlamentario de la responsabilidad política para fiscalizar al gobierno se ha propuesto que dicho control se emplee más bien para informar a la opinión pública sobre los debates en el Parlamento y se deje al pueblo para que en las próximas elecciones decida si destituye al gobierno y lo sustituye por uno de la oposición o, por el contrario, lo ratifica. De esta manera el control político sobre el gobierno lo tendrá el pueblo en el acto electoral. Este procedimiento que entrega al pueblo el control del gobierno lo denomina el tratadista español Oscar Sánchez Muñoz *"control político-electoral a través de la noción de responsabilidad política difusa"*. Según este autor *"la nación no ejerce el control sobre el poder directamente, sino a través de la elección periódica de representantes, que son quienes en realidad llevan a cabo el control"*. Más adelante agrega: *"El control parlamentario se concibe hoy sin conexión con la existencia de una sanción directa. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista posibilidad alguna de sanción, sí la hay, aunque se trata de una sanción indirecta y diferida a través del control político que los ciudadanos ejercer periódicamente con ocasión de las elecciones"* (véase Sánchez Muñoz, Oscar, La articulación del control parlamentario y del control político-electoral a través de la noción de responsabilidad política difusa, en AAVV, Problemas actuales del control parlamentario, Congreso de los Diputados, 1997, p. 631 y sig.).

Este cambio en la concepción y alcance del control parlamentario ha conducido a la búsqueda de otras formas de control político, ya sean directas o indirectas. Si el control del gobierno por el mecanismo de la responsabilidad política se hace muy difícil por las muchas dificultades que tiene entonces hay que pensar en trasladar esa responsabilidad a la oposición, la que tendría el papel de activar el control. Será ella, con su actuación en el Parlamento y con el uso de los medios de fiscalización parlamentaria, la que debe ejercer la

función de control. Esta nueva realidad ha sido la que llevó al tratadista español Manuel Aragón Reyes, antes citado, a distinguir *"entre el control "por" el Parlamento y el control "en" Parlamento"*. En el primer supuesto, el control se lleva a cabo por actos o procedimientos que expresan la voluntad de la Cámara; en el segundo se realiza *"por actividades de los parlamentarios individuales o de los grupos parlamentarios desarrollados en la Cámara, aunque no culminen en un acto de control adoptado por ésta"* (Aragón Reyes, Manuel, ibidem, p. 25). Si la mayoría parlamentaria obstaculiza el ejercicio de la función de control de la Cámara, entonces corresponde a los parlamentarios, individualmente o en grupo, utilizar el procedimiento de elaboración de la ley, de los actos aprobatorios o de las autorizaciones, para debatir la política del gobierno y poner en evidencia sus errores, sus inconsecuencias o los efectos contrarios al interés nacional. Ese debate realizado en el Parlamento acerca de la política gubernamental persigue un objetivo muy importante, como es llevar a conocimiento de la opinión pública las consecuencias negativas de la política oficial.

Pero para que la oposición pueda alcanzar ese objetivo y hacer efectiva la responsabilidad política difusa es indispensable el cumplimiento de varias condiciones. La primera de ella es que la oposición tenga no solamente un programa legislativo sino también un programa nacional de gobierno. El debate parlamentario debe servir para que el pueblo pueda ponderar las ventajas y desventajas de la política oficial y las ventajas y desventajas del programa de gobierno de la oposición. A estos efectos, la oposición debe saber elegir, entre los temas parlamentarios, aquellos que más puedan interesar a la opinión pública. El planteamiento constante de debates insustanciales e inútiles, lejos de alcanzar los objetivos perseguidos, más bien pueden obstaculizarlos. La oposición también debe saber escoger a los diputados que deben intervenir en el debate. Deben ser diputados que conozcan y dominen el tema con el fin de atraer la atención de la opinión. Si el debate parlamentario, que es el escenario donde se enfrenta el gobierno y la oposición, no llega a interesar al público las consecuencias serán negativas para la oposición. Si, por el contrario, trasciende las paredes del recinto parlamentario entonces será positivo. Para alcanzar este resultado se requerirá que el debate se produzca sobre un tema de real interés nacional y que los diputados, con la calidad de sus discursos, sepan llamar la atención del público. Pero además de estas dos condiciones se necesita una más: que el contenido del debate sea conocido por la opinión pública. Para que este objetivo se consiga se requiere la participación de los medios de comunicación social a fin de que informen sobre el debate parlamentario. El derecho a informar y a ser informado de manera oportuna, veraz e imparcial, como dice el artículo 58 de la Constitución, son dos de los derechos más importantes en un sistema

democrático. El derecho a informar no es otra cosa que llevar a conocimiento del público hechos u opiniones por los medios de comunicación social. Y el derecho a ser informado es la facultad que tiene toda persona de recibir el mensaje informativo sin alteraciones ni manipulaciones. En una democracia de alternación, como la venezolana, donde existen elecciones periódicas y referendos revocatorios, exige el funcionamiento libre de los medios privados y la imparcialidad de los medios oficiales. Los usuarios necesitan que los medios de comunicación tengan libertad para difundir mensajes informativos y recibir esos mensajes sin interferencias ni manipulaciones. En cuanto a los medios oficiales, ellos deben, además de ser imparciales, respetar el principio de la objetividad, el principio de igualdad de oportunidades y el pluralismo social y político y garantizar así una difusión objetiva de la información. Esa libertad es fundamental porque sin ella el electorado carecerá de una información suficiente y veraz para poder decidir, con base en esa información, en los procesos electorales y revocatorios. Además, derechos como la libertad de información no son solamente derechos subjetivos que sirven a las personas para defenderse de las invasiones o intromisiones del poder sino que son derechos objetivos que forman parte esencial del sistema democrático y, por tanto, son formas de defensa de intereses públicos. Un sistema sin libertad de expresión o sin libertad de información no es ni puede ser un sistema democrático porque éste se caracteriza, entre otras cosas, por la existencia del pluralismo ideológico y social.

Ahora bien, para que el Parlamento pueda convertirse en el centro de la controversia política entre gobierno y oposición es necesario que la Constitución o los reglamentos parlamentarios garanticen a la oposición el derecho de fiscalizar la actividad del gobierno. A estos fines se les debe reconocer el derecho a iniciar los debates que sirvan de fundamento al control parlamentario, a solicitar información al ejecutivo, a motorizar las investigaciones y a solicitar la convocatoria a sesiones especiales para la discusión de temas políticos o a solicitar la inclusión en el orden del día asuntos de interés público, entre otros. Esta nueva concepción del control político considera que *"hoy el control parlamentario debe tener como sujeto a la minoría y como objeto la actividad del gobierno y la mayoría que lo sustenta"*. Si se acepta *"que el control parlamentario es una potestad de la mayoría (...) ¿qué sentido tiene, hoy, un control así? (...)"*. *Más "que un control propiamente dicho", se trataría "de una especie de autocontrol, es decir de un control sobre sí mismo"* (véase Mora-Donatto, Cecilia Judith, Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político, Cámara de Diputados, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 34-35 y 36).

Pues bien, si el control parlamentario ya no se ejerce por el Parlamento sino en el Parlamento, donde la oposición tiene la mayor responsabilidad, entonces hay que modificar algunas normas que regulan el funcionamiento de las cámaras. El principio general es que las decisiones se adoptan con el voto de la mayoría de los integrantes del cuerpo. Esta norma deja en manos de la mayoría aceptar o no el debate propuesto por la oposición y con ello aceptar o no el ejercicio de la potestad de control que conduzca, por lo menos, a configurar la responsabilidad política difusa que si bien es una responsabilidad diferida sin embargo sirve para fortalecer la institución parlamentaria como escenario de debates que permiten al gobierno defender su gestión o permitir a la oposición diseñar el programa alternativo de gobierno.

Para hacer efectivo el control político en el Parlamento es indispensable consagrar el derecho de la oposición o de un número determinado de diputados a solicitar que se incluya en el orden del día un asunto de interés nacional. Las proposiciones que se hagan en el debate serán decididas por la mayoría, como lo indican las reglas del juego democrático, pero durante el debate la oposición o las minorías podrán dar a conocer sus críticas y sus propuestas, lo que puede debilitar el apoyo popular de que pueda gozar el gobierno. Asimismo, cuando la oposición o un número determinado de diputados solicite la constitución de una comisión de investigación, así se debe acordar. Pero el informe a que llegue esa comisión lo debe aprobar la mayoría de sus miembros. De esta manera el nuevo funcionamiento del Parlamento responde a la idea de que el control político en el Parlamento corresponde a la oposición y no a la mayoría.

IV. EL CONTROL PARLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

El numeral 3 del artículo 187 de la Constitución confiere a la Asamblea Nacional la función de controlar *"el Gobierno y la Administración Pública Nacional"*, en los términos consagrados en el texto constitucional y en la ley. En los artículos 240 y 246 del texto constitucional se prevé el voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros y el procedimiento que debe seguir la Asamblea Nacional para acordarlo. Y en el artículo 222 de la misma se dispone que *"la Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos; las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley, y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento"*. Y luego añade: *"En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias*

públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad".

De estas disposiciones se deduce que el control parlamentario lo puede ejercer la Asamblea Nacional para censurar al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros, censura que conlleva una declaración de responsabilidad política y la destitución de esos funcionarios. Y se deduce también que lo puede ejercer para declarar la responsabilidad política de los demás funcionarios, incluido el Presidente de la República, pero en este supuesto genérico la Asamblea Nacional debe solicitar al Poder Ciudadano *"que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad"*. De una interpretación literal de esta disposición se llega a la conclusión de que cuando la Asamblea Nacional declara la responsabilidad política de los otros funcionarios no es ella ni es la Constitución la que impone la sanción, como sucede con el Vicepresidente Ejecutivo o los Ministros, sino que es el Poder Ciudadano quien debe intentar la acciones pertinentes, a petición de la Asamblea Nacional, *"para hacer efectiva tal responsabilidad"*. Como ya se dijo, la responsabilidad política en los sistemas parlamentarios se produce cuando el gobierno pierde la confianza del Parlamento y esta falta de confianza se manifiesta en la censura que acuerda contra el jefe o presidente del gobierno. En la hipótesis prevista en el artículo 222 de la Constitución, la Asamblea Nacional declara la responsabilidad política del funcionario, pero esa declaración no conlleva la remoción del mismo. Se trataría entonces de una declaración de responsabilidad política sin sanción parlamentaria, pero con una sanción que debe imponer otra autoridad. Esa norma remite al Poder Ciudadano *"para que haga efectiva tal responsabilidad"*. Hay que tener en cuenta que este Poder tiene la atribución de *"prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa"*, como lo establece el artículo 274 de la Constitución, y también tiene la atribución de formular advertencias a los funcionarios *"sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales" y si esas advertencias no son acatadas, entonces el Poder Moral Republicano podrá imponer las sanciones establecidas en la ley"*, como dice el artículo 275 ejusdem. Se debe observar que la Asamblea Nacional no ha dictado ley alguna que tipifique las faltas de los funcionarios y las sanciones que ellas merezcan. Sin embargo, lo que sí está claro es que la declaratoria de responsabilidad política de la Asamblea Nacional contra un funcionario público no implica su destitución sino la apertura de un procedimiento que puede conducir a una declaratoria de responsabilidad civil, penal o administrativa disciplinaria como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad política de que fue objeto por la Asamblea Nacional. También hay que tener en cuenta que en el numeral 4 del artículo 285 de la Constitución se atribuye al Ministerio Público la facultad de

"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". Esto es, que el Ministerio Público, una vez declarada la responsabilidad política de un funcionario, puede intentar la acción correspondiente según sea la falta que la Asamblea Nacional le haya imputado.

No obstante las conclusiones a que se llega con una interpretación literal del artículo 222 de la Constitución, se podría interpretar también que la sanción de la responsabilidad política puede preverse en una ley y quien la aplica no es la Asamblea Nacional sino el jerarca competente de la administración pública. Esta solución puede fundamentarse en el principio de la separación de los poderes, el que, en los sistemas presidencialistas, es mucho más rígido que en los sistemas parlamentarios.

Sin embargo, si la responsabilidad política no lleva aparejada la destitución del funcionario, la discusión en la Asamblea Nacional puede activar los mecanismos de la difusa responsabilidad política. Entre los mecanismos previstos en el artículo 222 de la Constitución para que la Asamblea Nacional pueda ejercer el control parlamentario se encuentran los debates que se realizan en Cámara plena o en las comisiones con la finalidad de fiscalizar o controlar la acción del gobierno y de la administración pública nacional. Entre esos mecanismos se encuentran el voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros, que tiene como sanción la remoción, pero la Constitución prevé otras formas de control parlamentario. Por ejemplo, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada *"para su consideración y aprobación"*, como lo dispone el artículo 339 de la Constitución. Esta es una forma de control político que no apareja la destitución de los ministros si la Asamblea Nacional imprueba el decreto, pero conlleva otra sanción, que es la improbación del decreto. Efectos similares se producen cuando la Asamblea Nacional no aprueba un tratado o acuerdo internacional o un contrato de interés nacional. De estas normas constitucionales se deduce claramente que la declaratoria de responsabilidad política mediante el procedimiento del voto de censura conduce a la remoción de los altos funcionarios, pero los otros procedimientos conducen a otro tipo de sanción, como es la improbación del decreto de estado de excepción, de un tratado internacional o de un contrato de interés público o la negativa a autorizar el nombramiento del Procurador General de la República o de algún embajador.

Como antes ya se señaló, el mecanismo de la responsabilidad política es una institución propia de los sistemas parlamentarios que ha sido introducida en los sistemas presidencialistas latinoamericanos como un mecanismo para que el Congreso o la Asamblea Nacional pueda controlar políticamente el Poder Ejecutivo. Sin embargo, pese a que el Presidente de la República es el jefe del gobierno, a diferencia de los sistemas parlamentarios, el voto de censura sólo se ha establecido para sancionar al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros y nunca para sancionar al Presidente de la República, que es el jefe del gobierno. Ahora bien, el artículo 222 de la Constitución dispone que la Asamblea Nacional, en ejercicio del control parlamentario, puede *"declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas"*. De una interpretación literal de esta disposición se puede concluir que todos los funcionarios públicos, empezando por el Presidente de la República, pueden incurrir en responsabilidad política y ella puede ser declarada por la Asamblea Nacional. La sanción propia de la declaratoria de responsabilidad política es la remoción del funcionario, haya o no cometido alguna falta civil, penal o administrativa disciplinaria. Sin embargo esta consecuencia, que contradice la estructura organizativa del sistema presidencialista, no podría aceptarse para destituir al Presidente de la República ni a ningún otro funcionario. En efecto, en sistemas presidencialista el Presidente de la República es irresponsable políticamente ante el Congreso o la Asamblea Nacional por la sencilla razón de que el poder presidencial deriva directamente de una elección popular. En cambio, la investidura del jefe del gobierno en un sistema parlamentario no depende del voto popular sino del voto de confianza del Parlamento. Además, debido a la separación rígida de los poderes que existe en el sistema presidencialista, una de las soluciones a que llega esa separación es que el Congreso o Asamblea Nacional no puede revocar o destituir al Presidente de la República. Por consiguiente, admitir la interpretación de que todos los funcionarios públicos, incluido el Presidente de la República, están sometidos al control parlamentario que concluye con la declaratoria de responsabilidad política y la destitución de los mismo es contradecir los principios antes expuestos.

En este caso procedería utilizar el método de la interpretación sistemática. En la Constitución venezolana el control parlamentario como medio para exigir la responsabilidad política que conlleva como sanción la remoción sólo está reglamentada en el procedimiento del voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros. Sin embargo, el artículo 222 de la Constitución prevé también que la Asamblea Nacional pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, pero en este supuesto no prevé ni el procedimiento para hacer efectiva esa responsabilidad ni las sanciones que ella conlleva. Por el contrario, de esa norma se deduce más bien que la

declaratoria de la responsabilidad política de esos funcionarios no tiene como sanción la destitución sino la aplicación de una pena de otro tipo. En efecto, esa declaratoria lo que hace es facultar a la Asamblea Nacional para que solicite al Poder Ciudadano que intente las acciones pertinentes para hacer *"efectiva tal responsabilidad"*. De esta norma se deduce que no es la Asamblea Nacional la que impone la sanción sino el funcionario administrativo o judicial competente. La función de la Asamblea Nacional se limita a solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para que se imponga la sanción correspondiente. Esta no es la función que corresponde a la Asamblea Nacional cuando declara la responsabilidad política. El voto de censura conlleva la remoción del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro. En el caso de los otros funcionarios parece que ese efecto no se produce porque la Asamblea Nacional se limita a solicitar que se le apliquen las sanciones previstas en la ley.

Por otra parte, la expresión *"solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad"* pareciera concordar con la atribución que tiene el Ministerio Público para *"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"*. En esta atribución no está comprendida la de intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad política y no lo está porque los funcionarios públicos no están sometidos a ese tipo de responsabilidad. Por otra parte, dentro de la teoría de la responsabilidad política se considera que el Ministro no sólo responde por sus actos u omisiones sino también de la actuación de sus subordinados, a menos que el Parlamento verifique que el subalterno procedió con dolo en la realización del acto. En este caso, el Parlamento absuelve al Ministro y solicita a la autoridad competente que aplique al funcionario la sanción correspondiente. Hay que advertir que la declaración de esa responsabilidad política correspondería a la Asamblea Nacional y no a otro poder. Delegar en otro poder la competencia para imponer las sanciones que conlleva la responsabilidad política sería una excepción muy grave que no se admite en los sistemas parlamentarios. Y no se admite porque, como lo señala el tratadista Carlo Chimenti, *"el control de la cámara es aplicación de actividad política"*, porque *"adopta criterios políticos, en lugar de aquellos relativos a la legitimidad, a la tecnicidad, etc., desde el momento que son órganos esencialmente políticos por lo cual sería no natural actuar de manera diversa a la política"* (Chimenti, Carlo, Il controllo parlamentare nell' ordinamento italaiano, Giuffreé Editore, Milano, 1974, p. 229-230). Además, la remisión al Poder Ciudadano para que intente las acciones pertinentes indica que

la Constitución mantiene la separación de los poderes en el sentido de respetar el poder disciplinario que la administración pública ejerce sobre sus funcionarios y el poder sancionador del Poder Judicial en los casos de delitos penales. En conclusión, la responsabilidad política a que se refiere el artículo 222 de la Constitución no lleva aparejada la sanción política de la destitución sino una sanción que sólo puede aplicarla la propia administración pública o el Poder Judicial, según el caso.

La incorporación de esa disposición en el derecho constitucional venezolano se puede explicar por razones prácticas. Durante una investigación parlamentaria es posible que surjan elementos probatorios de responsabilidad civil, penal o administrativa-disciplinaria de algún funcionario. En este caso, la Asamblea Nacional queda facultada para solicitar al Poder Ciudadano que inicie las acciones legales correspondientes para hacer efectiva la responsabilidad en que incurrió, en criterio del órgano legislativo, el funcionario investigado. En conclusión, puede decirse que los funcionarios públicos de la administración pública nacional son responsables políticamente ante la Asamblea Nacional pero no pueden ser destituidos por ésta.

EL RECURSO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA SENTENCIAS DEFINITIVAMENTE FIRMES DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y NORMAS JURÍDICAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS POR LA LEY ORGÁNICA RESPECTIVA

POR ISRAEL ARGÜELLO LANDAETA

I. FUNDAMENTACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

1. CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa:

> "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"

A las Constituciones anteriores, la doctrina y la jurisprudencia las calificaron como textos meramente programáticos, cuando sus normas eran invocadas para la protección de cualquier derecho ante los Tribunales. Es decir, simplemente las normas Constitucionales se consideraban como textos que formulaban principios, ideales, decálogos sin aplicación efectiva. Se exigía la necesidad que el Poder Legislativo a través de Leyes, recogiera esos principios e ideales, para que a través de las normas legales pudiesen los derechos consagrados en las normas Constitucionales, tener aplicación efectiva.

Cuando hablemos de la fundamentación y naturaleza jurídica de la Revisión Constitucional, no debe existir ninguna duda que estamos en presencia de una norma Constitucional aplicable, y que el carácter normativo de la Constitución impone la obligación de sujetarse al precepto constitucional. En consecuencia, podemos en forma inobjetable afirmar que la Revisión Constitucional encuentra su fundamentación en el artículo 336 de la Constitución que indica las Atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en los numerales 6 y 10.

Ahora bien, en el artículo 335 constitucional, se establece que el Tribunal Supremo de Justicia tiene la obligación constitucional de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y es el máximo y último intérprete de la Constitución, y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Asimismo, la norma comentada, en forma concreta indica, que:

> "Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República".

La circunstancia señalada en el numeral 10 del Artículo 336 de la Constitución: "*omisis*...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva", ello, no obsta para que la norma constitucional se aplique en forma inmediata, dado el carácter normativo de la Constitución y así lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

> "Si bien es cierto, que la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela remite a una Ley orgánica el desarrollo del mecanismo extraordinario de revisión de las decisiones de las otras Salas, la doctrina constitucional ha indicado el valor normativo directo del texto fundamental, para las competencias y funcionamiento de los órganos creados en la constitución. Precisamente, Eduardo García de Enterría (La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, tercera reimpresión 1994, páginas 77 a 82) ha indicado que "...Los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en concreto, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existan o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por tanto, rige la formación y el funcionamiento de los órganos afectados..." En consecuencia, por constituir la facultad de revisión de los actos o sentencias dictadas por los tribunales de la República y de las otras Salas de este Tribunal Supremo, en especial en materia de amparo, una

disposición constitucional vinculante para el funcionamiento de esta Sala, no obstante que no se ha promulgado la ley orgánica correspondiente, puede este órgano jurisdiccional, en resguardo del orden público constitucional, ejercer esa facultad en interés de la aplicación y correcta interpretación de los valores constitucionales, lo que a su vez es exigido por el ordinal 10 del artículo 336 de la vigente Constitución". (Sentencia 520 del 7-6-00. Mercantil Internacional, C A.).

Como conclusión debemos expresar que la revisión constitucional tiene su fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual cuenta con basamento constitucional, de acuerdo con los artículos constitucionales indicados precedentemente y con otros artículos de la Constitución como los referidos a Derechos y Garantías Constitucionales sustanciales y procesales, y especialmente los valores de 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, que proclama el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto a la Naturaleza Jurídica, debemos tomar conciencia de los distintos matices que puede presentar el Tema escogido, porque es una materia compleja , por lo que hay que insistir en que el ordenamiento jurídico no es más que un medio para llegar a la justicia, como fin último; con lo cual el estudio de la revisión es necesario porque se finca en el principio de una institución tan compleja como es la cosa juzgada que plantea un gran mundo de posibilidades susceptibles de variar principios y conceptos que parecían inmodificables en otras épocas, y recordando al amigo fallecido recientemente, el Procesalista Uruguayo Adolfo Gelsi Bidart que sostuvo:

"Cada hombre tiene la responsabilidad de su época y debe procurar aportarle lo que está a su alcance para una mejor convivencia. A cada uno debe exigírsele que influya en su especialidad(o por lo menos en la disciplina de sus afanes) de modo que de ésta, o sea, del conjunto de quienes la ejercen pueda surgir un factor de progreso colectivo. En el caso de los procesalistas(o cuando menos de los enamorados de las ciencias procesales), pues, deben tratar que el proceso, factor de convivencia jurídico-social indispensable, se perfeccione para cumplir, conforme al tiempo, su meta de procurar la justicia positiva en el caso concreto con verdadera eficacia y, al propio tiempo, que la sociedad la acepte como tal, lo incorpore adecuadamente a su desenvolvimiento". (Gelsi Bidart, Adolfo, Proceso y

época de cambio, publicado en el Libro homenaje a Amílcar Mercader, Problemática actual del derecho procesal, Platense, 1971, pág. 44)

Cabe preguntarse: ¿es la Revisión Constitucional una acción o un recurso?

A nuestro juicio la revisión constitucional contra sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, participa de las características de una acción constitucional y de un recurso extraordinario. No obstante que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado a la revisión como una facultad, potestad, estableciendo que:

> "la revisión no constituye una tercera instancia, ni un recurso ordinario que opere como un medio de defensa ante la configuración de pretendidas violaciones o sufrimientos de injusticias, sino una potestad extraordinaria y excepcional de esta Sala Constitucional cuya finalidad es mantener la uniformidad de los criterios constitucionales en resguardo de la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales lo cual reafirma la seguridad jurídica". (Sentencia 1725 de fecha 23 de junio de 2003 Exp. 01-2570 Carmen Bartola Guerra).

Estudiadas las diversas decisiones pronunciadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pueden encontrar las siguientes situaciones:

A) Cuando se intenta la revisión Constitucional en contra de las Sentencias definitivamente firmes dictadas en Amparo Constitucional pronunciadas por tribunales de Instancia, Juzgados de Primera Instancia o Juzgados Superiores, la vía escogida es el Amparo Constitucional, que es una verdadera Acción Constitucional de Revisión y Control Constitucional (Sentencias de fecha 9-3-00, Caso José Alberto Zamora Quevedo).

B) Cuando se trate de Sentencias definitivamente firmes dictadas por las diversas Salas distintas a la Sala Constitucional, también se ha admitido la acción de Amparo Constitucional (Sentencia de fecha 7 de junio de 2000. Mercantil Internacional, C. A. Sentencia de fecha 6-2-01 Corpoturismo).

C) En todos los casos se identifica la pretensión como solicitud, y no se identifica al legitimado activo como solicitante o recurrente, sino como accionante.

D) Se advierte que la Revisión no constituye una tercera instancia, que consideramos que no es un indicador para negar el carácter de Recurso, ya que la Institución de la Casación no se considera como Tercera Instancia y funciona a través del Recurso Extraordinario de Casación. Igual consideración se puede hacer con respecto al recurso extraordinario de Invalidación que regula el Código de Procedimiento Civil, que se concede contra sentencias definitivamente firmes y en su tramitación procedimental es una verdadera acción de nulidad total o parcial.

En todo caso, desde el punto de vista docente, más que desde un punto de vista técnico jurídico, conviene destacar las características y acondicionamiento litis que proclaman las diversas decisiones de la Sala Constitucional sobre la potestad, o facultad constitucional de revisión. A tal efecto, previamente podemos expresar que si se trata de una potestad, o facultad privativa de la Sala, no hay ninguna duda sobre el carácter discrecional y con un componente de prudencia jurídica, considerando a la prudencia como "la más humana de las virtudes" (Marcel de Corte).

El proceso de conocer prudencial, quien debe realizar la acción justa delibera, juzga e impera, interpreta, valora y razona; conoce normas y hechos; concreta las exigencias de los principios universales o generales en una circunstancia singular e irrepetible.

Por indicación de los diversos fallos emitidos sobre la Revisión Constitucional, por la Sala Constitucional, las Sentencias que pueden ser objeto de revisión son: 1) Las sentencias de amparo constitucional; 2) Las sentencias de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad; 3) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala Constitucional, en un error grotesco o error patente como expresa la doctrina Española, en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional; y 4) Las sentencias que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia o por los demás tribunales de la República, que aparten u obvien expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga algún fallo de la Sala Constitucional con anterioridad a la decisión que sea impugnada.

De todo lo anterior podemos extraer las siguientes características:

A) Se trata de una potestad o facultad discrecional privativa del Tribunal Supremo de Justicia, que la ejerce a través de la Sala Constitucional.

B) La Sala Constitucional revisa si el Juez o el organismo jurisdiccional, ha cumplido su función conforme a las exigencias constitucionales, establecidas en los derechos y garantías constituciones sustanciales y procesales.

C) La sentencia puede no alcanzar a ser sentencia y comprueban vicios o infracciones, violaciones constitucionales en el momento de la decisión judicial o en la justificación de ella. Se trata de actos de lesión constitucional, de errores grotescos.

D) Es una facultad, o potestad discrecional y prudente por cuanto revisa sentencias definitivamente firmes, es decir, se trata de un mecanismo o medio constitucional que limita en forma expresa la cosa juzgada judicial.

E) La sentencia que da pie al ejercicio de la potestad extraordinaria de la revisión por la Sala Constitucional, es aquella en la cual existe contradicción entre el sentido de los hechos reales sustanciales del asunto y el sentido del género legal fundamental normativo que debe regir el asunto sometido a conocimiento del juzgador, por lo cual la sentencia excede del límite de posibilidades interpretativas del juez. En consecuencia la Sentencia que viole la Constitución, solamente podrá ser aproximada y transitoria, puesto que no está firmemente basada en la realidad, ni es permanente y por tanto la aparente cosa juzgada que produce no puede tener ninguna fuerza definitoria de la controversia.

F) Tiene como finalidad restablecer los principios constitucionales que sustentan el carácter normativo de la Constitución y la uniformidad en la interpretación de las normas constitucionales y legales, es decir, tiene una función nomofiláctica, de defensa de la Constitución y leyes que conforman el ordenamiento jurídico.

G) Tiene una función preventiva, por cuanto evita la responsabilidad del Estado por el Error Judicial, independientemente del ejercicio de la demanda de responsabilidad civil en contra de Jueces, Con-Jueces, Asociados por parte de los particulares. Previene, además del error judicial, el fraude, el dolo, la falta de lealtad y probidad en el proceso.

H) Tiene como consecuencia jurídico procesal: declarar la inexistencia o nulidad del proceso y de la Sentencia definitivamente firme sometida a revisión.

I) La Sentencia de revisión al restablecer la legalidad constitucional, censura la actuación de los intervinientes en el proceso y ordena sus sanciones y correctivos.

J) Es de orden público, porque los intereses colectivos involucrados en la Revisión van más allá de los intereses individuales que conlleva el asunto sometido a Revisión.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas la Revisión Constitucional tiene carácter extraordinario y limitado. Actualmente es el rol activo de la jurisprudencia nacional, de una extremada apertura jurídica, de un requerimiento de mayor justicia material por parte de la colectividad. De allí su complejidad y de cierta manera hasta a veces incomprendida, por los propios operadores de justicia y los abogados en general.

II. PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

1. CONTROL A LIMINE DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

El Rechazo a limine de la solicitud de revisión constitucional, ha sido expuesto como doctrina de la Sala Constitucional en la Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2002 al señalar:

> "omisis...esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión,...sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales..."

No hay duda que el Control a limine de la Solicitud de Revisión, es consecuencia de la doctrina de la Sala Constitucional en cuanto a que la Revisión es una facultad, potestad de la Sala, y por lo tanto no es un deber, ya que son muchos los matices que pueden presentarse y no siempre corresponderá el rechazo sin sustanciación.

En consecuencia, la Sala Constitucional realiza a limine un examen de la solicitud de revisión constitucional, tales como su Competencia, interés del recurrente, de los requisitos formales tanto de la Solicitud como del Acto o Sentencia objeto de la Revisión. Es decir, examina las condiciones de fundabilidad y de procedibilidad, las primeras se refieren a la competencia e idoneidad del acto o sentencia, interés del recurrente., entre otras, para

producir un efecto jurídico y las segundas a las condiciones extrínsecas, requisitos de forma y tiempo.

2. Fijación del trámite o sustanciación procedimental

La Sala Constitucional ha dispuesto en varios fallos reiterar su poder de fijar el trámite procedimental y así lo ha hecho con respecto al Amparo Constitucional y en otras controversias constitucionales que no tienen un procedimiento predeterminado. Este poder es de gran utilidad, por cuanto la Sala Constitucional en los procedimientos fijados ha consagrado principios fundamentales, como la simplificación procedimental, oralidad, concentración, celeridad, inmediación, para garantizar un acceso efectivo a la justicia, y garantizar la defensa y en definitiva para que el proceso sea un instrumento fundamental para la realización de la justicia. (Competencia: Sentencia de fecha 29 de enero de 2000. Casos: Emery Mata Millán y Domingo Gustavo Ramírez Monja. Procedimiento: Sentencia de fecha 1° de febrero de 2000. Caso: José Amando Mejía Betancourt y Otros.)

En el caso del recurso de revisión constitucional extraordinario de sentencias definitivamente firmes, el procedimiento aplicable por disponerlo así la Sala Constitucional, es el procedimiento de apelación de sentencias de amparo constitucional establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la jurisprudencia de la Sala.

3. Poder cautelar

En la sentencia dictada por la Sala Constitucional en fecha 24 de marzo de 2000 (Caso: Corporación L' Hotels), se fijaron con precisión los elementos integradores del Poder Cautelar del Juez Constitucional en el Amparo Constitucional, de los cuales se pueden señalar los siguientes:

A) Que a pesar de la brevedad y celeridad de los procesos de Amparo, se hace necesario suspender el peligro que se cierne sobre la situación jurídica infringida, o evitar que se pueda continuar violando antes que se dicte el fallo del proceso de amparo (periculum in damnni). Quien acciona el amparo se limita a pedir que cese la lesión o la amenaza lesiva.

B) Que al peticionario de la medida cautelar no se le pueden exigir los requisitos clásicos de las medidas innominadas: fumus boni iuris, con medios de prueba que lo verifiquen; ni la prueba de un periculum in

mora (peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo). Si tiene razón el juez lo restablece en la situación o le evita el perjuicio.

C) El Juez de amparo utilizando su saber y ponderando lo que existe en autos la realidad de la lesión y la magnitud del daño, la admite o la niega sin más.

D) Lo que se solicita con la medida cautelar en el amparo constitucional, es la protección constitucional que se pretenda y dicha protección se concreta suspendiendo los efectos lesivos o amenazantes y este es el tipo básico de medidas que puede solicitar el accionante, cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño.

E) Que al no permitir la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide con la solicitud, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decrete, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decrete, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudique al accionado.

F) Que el juez puede ser responsable por error judicial en lo relativo al ejercicio del poder cautelar.

4. Vigencia del Precepto configurador de la Revisión Constitucional

En sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, caso Corporación de Turismo de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que la potestad de Revisión Constitucional era sólo respecto a decisiones dictadas durante la vigencia del artículo 336 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que para las decisiones dictadas bajo el régimen jurídico establecido en la Constitución de 1961 no estaba prevista una vía de tal entidad ni existía un órgano como la Sala Constitucional, titular del poder garantizador de la Constitución.

Ahora bien en sentencia de fecha 12 de septiembre de 2001, caso Jesús Ramón Quintero, la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

> "omisis.., dejó abierta la posibilidad de revisar sentencias proferidas con anterioridad a la vigencia de este medio. Sin embrago, debe

> acotarse que tal posibilidad es de aplicación restrictiva, y sólo procederá bajo aquellas circunstancias en que la propia Constitución permite la retroactividad de una norma jurídica, esto es, en el supuesto que contempla el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (el cual ha sido extendido por la dogmática penal a circunstancias distintas mas no distantes de la reducción de la extensión de una sanción determinada). Así, dentro de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal, esta Sala considera que se encuentra la solicitud de revisión tantas veces aludida. Por lo que la admisión de un medio tal, en los casos referidos a la excepción contenida en el artículo 24 (que imponga menor pena, entendido dichos enunciado en sentido amplio), no viola el principio de irretroactividad de la ley contenido en dicho precepto.. De allí que la retroactividad de la revisión quede definitivamente asociada a la nulidad de decisiones relacionadas con los bienes fundamentales tutelados por el derecho penal, acaecidas con anterioridad a la Constitución de 1999, pero cuya irracionalidad o arbitrariedad, puestas en contraste con las normas constitucionales, exija su corrección, aparte, además, aquellas decisiones que evidencien de su contenido un error ominoso que afecte el orden público, es decir, que la sentencia a revisar contenga una grave inconsistencia en cuanto a la aplicación del orden jurídico constitucional".

Como consecuencia de lo anterior, la posibilidad de aplicar la revisión a sentencias pronunciadas antes de la vigencia del precepto es discrecional de la Sala Constitucional.

5. La Cosa Juzgada

La cosa juzgada formal se ataca a través de los medios impugnativos llamados ordinarios; la cosa juzgada material se retracta por vía de los denominados medios impugnativos extraordinarios o excepcionales. Es por ello que la Sala Constitucional ha reiterado en sus diversos fallos de Revisión de Sentencias definitivamente firmes, que:

> "omisis...al momento de la ejecución de la potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de fallos que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial".

Eduardo Couture sostiene en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, página 407, que:

> "la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón natural sino de exigencia practica".

José Chiovenda en su obra Derecho Procesal Civil volumen II, página 50, opina, que:

> "nada tiene de irracional que la ley admita impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta".

De todo lo anterior se puede concluir que si bien la cosa juzgada es pieza fundamental e indispensable de la maquinaria jurídica, su estabilidad a veces puede ser afectada. Por ello Mortara, citado por Araujo López Da Costa señala:

> "omisis...Tanto más esté desenvuelta la conciencia jurídica de un pueblo, más se desprende la convicción de que es legítimo corregir errores, que por estar cubiertos por el prestigio de la cosa juzgada no deben permanecer inmutables, constituyendo un daño social mayor que el místico principio de inviolabilidad de lo juzgado".

En conclusión podemos afirmar, que la Revisión Constitucional de Sentencias es una vía donde queda sometida la inmutabilidad de los fallos y de los procesos, por alteraciones de las circunstancias en que se funda la sentencia, lo que puede generar una verdadera injusticia, que no es posible sostener.

Por vía de su reiterada doctrina la Sala Constitucional y con base en una interpretación uniforme de la Constitución y considerando la garantía de la cosa juzgada establecida en el numeral 7° del artículo 49 de la Constitución, ha delimitado la potestad de revisión de Sentencias definitivamente firmes y en principio ha declarado inadmisible la revisión de sentencias definitivamente firmes en juicios ordinarios de cualquier naturaleza. En cuanto a las decisiones de las otras Salas del Tribunal Supremo, es inadmisible cualquier demanda incluyendo la acción de amparo constitucional contra cualquier tipo de sentencia dictada por ellas, con excepción del proceso de revisión extraordinario establecido en la Constitución y sobre lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencia definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por la Sala Constitucional con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala Constitucional, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos a ajuicio de la Sala Constitucional hay también un errado control constitucional.

Finalmente la Sentencia que la Sala Constitucional pronuncia en los procesos de revisión es una sentencia atípica porque en los dispositivos, además del pronunciamiento sobre la procedencia de la Revisión, se dictan dispositivos para hacer cumplir lo decidido y precisando los efectos de las declaratorias a los fines de su ejecución.

LOS EJIDOS

Jurisprudencia Constitucional Venezolana

POR ALFREDO ARISMENDI A.*

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO; II.DECLARACIÓN; III. DELIMITACIÓN; IV. ENAJENABILIDAD; 1. Principio General, 2. Régimen Jurídico, 3. Contrato, A. Naturaleza, B. Condiciones; a. Generalidades, b. Parcelamiento, 4. Consejos Legislativos, 5. Recuperación: A.Generalidades, B.Incumplimiento de condiciones, C. El debido Proceso. V. CONCESIÓN; VI. ADQUISICIÓN; 1.Formas, 2. Terrenos de propiedad privada, A. Procedimiento, B. Expropiación. VII. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS PARTICULARES; VIII. BALDÍOS.

I. RÉGIMEN JURÍDICO

Indudablemente que la situación de guerras internas, caudillismos y anarquía por más de cien años de la primera etapa de nuestra vida Republicana, influyó negativamente en la pérdida de muchos ejidos de concesión colonial, así como de antiguos resguardos indígenas, al punto de que aún en plena dictadura de Gómez un milagro llegó al Congreso Nacional, al Constituyente, al establecerse por primera vez la inalienabilidad de los Ejidos, se señaló con cierta amplitud cuales tierras se consideraban ejidales, pero aún así y no obstante las protecciones que las constituciones han continuado consagrando durante las dictaduras y en los períodos democráticos, han mediado causas negativas la falta de continuidad y de eficacia en la gestión administrativa del Estado en general, y en especial de la gestión de la mayoría de los Municipios, la acción no consecuente de las Sindicaturas Municipales, la falta de conocimientos jurídicos, la corrupción, la ausencia de técnica legislativa nacional, estadal y municipal; las propias ordenanzas, en cuanto a su aplicación y confusión. A todo lo cual se une nuestra tumultuosa vida republicana, orientada por el desorden y el soborno de

*. Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

nuestros funcionarios municipales en combinación con registradores deshonestos, con la pérdida intencional o no de documentos especialmente de origen colonial así como la inaplicación de leyes que desde 1853 fundamentaban a los Municipios para ser dotados de Ejidos por concesión de Baldíos.

Hay que recordar que siempre los Ejidos son terrenos que han tenido una finalidad comunitaria, y ello por imperio constitucional, desde la Constitución de 1925 hasta la actual de 1999, con base igualmente en otras normas legales y ordenanzas que abarcan actualmente todos los supuestos que se prevén en el artículo 123 de la Ley Orgánica Municipal, el artículo 3° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936 y las leyes que sobre esa materia existieron desde la primera de ellas promulgada en 1909 [1].

En todo caso, fue en el año 1909 cuando por primera vez el legislador patrio reguló en forma expresa el régimen aplicable a los ejidos, al dictar la Ley de Tierras Baldías y Ejidos (13-8-1909). La ley, precedentemente, consagraba taxativamente cuáles tierras tenían el carácter de ejidos y, a su vez, establecía una prohibición absoluta a las municipalidades respecto a los ejidos destinados para bosques, conservación de fuentes y manantiales y a los provenientes de concesiones de la época colonial de otorgarlos o cederlos, aún en arrendamiento (artículo 59 de la citada Ley de Tierras Baldías y Ejidos del 13 de agosto de 1909). Ahora bien, obsérvese en relación con esta prohibición, que la misma era relativa en cuanto a su objeto, pues los ejidos no enunciados en dicha norma podrían ser otorgados a los particulares sin otra restricción que las que se consagraran en las respectivas ordenanzas.

En el lapso comprendido entre los años 1910 y 1918 el régimen negocial de dichos bienes varió sustancialmente, a través de sucesivas reformas legislativas, que solo permitía celebrar contratos de arrendamiento respecto a algunos tipos de ejidos [2].

II. DECLARACIÓN

Siendo los Municipios entes autónomos e independientes, que cuentan entre sus competencias constitucionales la administración de sus bienes y el gobierno de los asuntos peculiares de la entidad y relacionados con la vida local, la determinación de cuáles terrenos son ejidos -y por tanto propiedad del Municipio- es una competencia típica de esos entes político-territoriales. De allí deriva que

1. Veáse: "Estudios de Derecho Municipal Venezolano". Autonomía, Dependencia y Anhelada. Eficiencia Municipal. Luis Torrealba Narváez. 1966, Pág. 473. Caracas.
2. C.S.J. (SPA) S: 25-11-1997 - Exp. N° 11.591.

la determinación por el Concejo de terrenos de naturaleza ejidal no constituye per se la inconstitucionalidad de una declaratoria municipal.

Si bien puede el Municipio declarar el objeto de sus derechos, es decir, declarar que terrenos son ejidos y, por tanto, de su propiedad, no puede esa declaración, por más que esté contenida en una Ordenanza, ser considerada como el título suficiente de la municipalidad con preeminencia sobre otros títulos de propiedad protocolizados debidamente, que sobre esas mismas tierras poseen otras personas.

Sobre todo si esos títulos han sido registrados ante la Oficina de Registro Subalterno correspondiente, y por ello tienen pleno valor y son oponibles frente a todos, por sus efectos erga omnes. De manera que no pueden ser simplemente desconocidos por el Municipio, mediante un acto unilateral. Sino que para desvirtuarlos e imponer por consiguiente sus derechos frente a los demás, es forzoso que acuda en condición de demandante frente a quienes se presentan como propietarios a los fines de que un órgano judicial, por medio de un proceso contradictorio, deje sin efecto los títulos que presentan.

De allí resulta manifiesto que una Ordenanza sobre Ejidos y Terrenos de Propiedad Municipal de un Municipio, así como un Decreto sobre Ejidos, emitido por el Alcalde Municipal, y la comunicación del Síndico Procurador Municipal enviada al Registrador, son inconstitucionales cuando asumen que con una declaratoria de ejidos de ciertos terrenos, se crea para el Municipio un título de propiedad suficiente para desconocer las situaciones jurídicas subjetivas de otras personas consolidadas previamente, no sólo mediante la posesión de esas tierras y su trato como propietarios, sino inclusive por medio de documentos protocolizados y en consecuencia, con efectos *erga omnes* [3].

III. DELIMITACIÓN

La relevancia del Derecho Municipal en materia de delimitación de sus ejidos es evidente, no sólo por el fundamento constitucional de las mismas, sino por la importancia que se le reconoce al Municipio como ente autárquico en lo económico y administrativo, hasta el punto de afirmarse que los Concejos Municipales, junto con la Asamblea Nacional y los Consejos Legislativos comparten el poder de legislar, aunque en un ámbito territorial más reducido, en las materias concernientes a la vida local; esfera dentro de la cual su opinión tiene más resonancia y su voluntad más fuerza que la del Estado respectivo.

---

3. C.S.J. (SPA) S: 02-12-1997 - Exp. N° 0760.

Por las razones expuestas, no se comparte el criterio de algunos cuando afirman que el Concejo Municipal de un Distrito, al dictar una ordenanza delimitando sus ejidos, obra con extralimitación de sus atribuciones y abuso de autoridad.

No es sólo en razón de que un Concejo Municipal no ha ejercido nunca la posesión (desde la época colonial) de los terrenos ejidos que le fueron adjudicados por concepto de tales en los documentos de mil setecientos ochenta y tres (1783) y mil setecientos ochenta y seis (1786), que dicha declaración no puede ser atributiva de propiedad, sino porque la declaración de ese Concejo, de ser o no permanecer como propietario de tales tierras, deslindadas o no, por concepto de ejidos o de cualquier otro título, así esté contenida en una Ordenanza válidamente sancionada es, por sí sola, absolutamente inepta e ineficaz para afectar la propiedad ni ningún otro derecho real adquirido y, por tanto, con fe pública erga omnes; y mucho menos, si la inscripción del título respectivo le atribuye la preclusividad registral.

De todo lo anteriormente expuesto queda suficientemente probado que, al menos algunos de los terrenos señalados en una Ordenanza no son en realidad ejidos pertenecientes a un Distrito, sino terrenos de propiedad particular. Sobre todo, cuando las pruebas presentadas por los apoderados del Distrito no son aptas para desvirtuar tal hecho, no sólo porque no tacharon de falsedad los documentos presentados por los recurrentes, sino porque la única prueba que aportan en defensa de legalidad de la Ordenanza es un documento de 1783, donde consta que un funcionario de la Real Audiencia y Cancillería de Santo Domingo, en visita que hizo ese año a un pueblo, procedió, en nombre de su Majestad, a hacer una dotación de tierras que fueron en una época del patrimonio municipal, pero que, obviamente, no pueden demostrar que lo hayan seguido siendo posteriormente hasta ahora, máxime si se tiene en cuenta que durante un largo período de nuestra historia republicana los inmuebles municipales, salvo los de dominio público, fueron enajenables y susceptibles de usucapión, por lo cual todos o algunos de aquellos terrenos originalmente municipales pudieron luego dejar de serlo.

Por consiguiente, al haber declarado ejidos unos terrenos que, conforme a la normativa que rige esa materia, en realidad no lo son, el Concejo Municipal dictó una Ordenanza basada en un falso supuesto, que viola la disposición constitucional garante del derecho de propiedad frente a eventuales atentados ilícitos del poder público. El artículo 115 de la Constitución, luego de declarar la garantía del derecho de propiedad, añade que: "..., la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de

interés general..."; pero es evidente que tales contribuciones, restricciones y obligaciones que puedan ser impuestas por la ley, presuponen en todo caso que se respete y mantenga el derecho de propiedad. No pueden ellas llegar hasta el desconocimiento de ese derecho, a menos que se aplique un mecanismo coactivo de privación de la propiedad siguiendo el procedimiento extraordinario regulado por la Ley de la materia para obtener su expropiación. Y si bien el Concejo Municipal de un Distrito puede delimitar el objeto de su derecho, esa facultad no puede válidamente ser ejercida en perjuicio de derechos de terceros. Por eso, si la delimitación de ejidos suscita un conflicto con otros particulares, debe tratar de efectuarse por los medios convencionales, que suponen el acuerdo de voluntades de los diferentes propietarios implicados en el acto, o en defecto de ello, mediante el apropiado procedimiento contradictorio ante los tribunales competentes destinados a garantizar los derechos de todos los afectados.

En consecuencia si el Concejo Municipal de un Distrito, en lugar de someterse a tales mecanismos, pretende delimitar su ejido mediante un acto unilateral que, por su carácter de Ordenanza, está dotado de la fuerza y eficacia propias de los actos del Poder Público, frente al cual los particulares que, por efecto del mismo, ven desconocidos sus derechos no tienen otra vía que la de solicitar jurisdiccionalmente su anulación. El contenido de dicho acto no puede considerarse una "contribución, restricción u obligación" de las que el artículo 115 de la Constitución prevé que pueden ser impuestas por la Ley al derecho de propiedad, sino pura y simplemente un desconocimiento de éste, no permitido por dicha disposición constitucional [4].

IV. ENAJENABILIDAD

1. Principio General

Cuando el Legislador de un Estado dicta una Ley de Poder Municipal, tiene presente la disposición constitucional que reserva al Poder Municipal, todo lo relativo a la enajenación de sus ejidos y a las formalidades que para ello deben cumplirse. Pues de otro modo no tendría explicación que después de establecer la regla general según la cual "en los casos de enajenación o permuta de edificios o cualesquiera otros bienes o propiedades municipales" se requiere el voto de cuatro (4) por lo menos de los miembros del cuerpo y llenar, además, las formalidades que sobre la materia prescriben las leyes, haya considerado necesario establecer otra regla diferente para la enajenación de ejidos, la cual no prescribe formalidades para esa clase de operaciones y, en definitiva, remite a las Ordenanzas respectivas la materia regulada por ella [5].

4. C. S. J. (SPA) V.S: 09-02-1994 - Exp. Nº 10.111.
5. G. F. Nº 84 (SPA) V. S: 11-06-1974 - Págs. 344 - 354.

2. Régimen Jurídico

Ahora bien, es menester analizar el régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los ejidos. En este sentido, las opiniones de los tratadistas patrios y extranjeros han estado divididas desde tiempos de la Independencia: hay autores que han señalado que los ejidos son bienes del dominio público de los Municipios y por lo tanto inalienables e imprescriptibles; otros que señalan que son del dominio privado, dentro de estos últimos hay quienes señalan que aun cuando son del dominio privado, este tipo de bienes se encuentran fuera del comercio y, por lo tanto, son inalienables e imprescriptibles, igualmente y otros que expresan que son del dominio privado sujetos a todas las reglas de la propiedad particular.

La confusión que ha existido sobre el régimen jurídico aplicable a los ejidos, se encuentra íntimamente vinculada con la confusión que también se ha producido sobre el concepto de la "dominicalidad" o "dominialidad" pública, lo cual obedece a numerosas causas. En primer lugar la imprecisión terminológica usada por los textos legales, por los autores y por las decisiones jurisprudenciales.

En el antiguo derecho, como lo observa Pelloux, la locución "dominio público" es sinónimo de dominio de la Corona o de dominio nacional o de dominio del Estado. La terminología mas correcta creada por Pardessus en 1806, se afirma definitivamente en el Tratado de Derecho Público de Proudhon (1833), quien distingue el dominio público del dominio privado del Estado.

La doctrina en general, como ya se dijo, presenta criterios disímiles en relación a la "dominicalidad". Algunos tratadistas consideran como bienes constitutivos del dominio público los destinados al uso directo de la colectividad, o al uso directo e indirecto de la misma; otros, los afectados al servicio público. Una sola nota unifica estos criterios: la de la consagración de estos bienes a un fin determinado; las divergencias, en principio, se relacionan con la naturaleza del uso: uti singuli o uti universi.

Hay quienes también reclaman las cosas públicas para el pueblo, cuyo derecho se manifiesta en el uso de todos. Este usus absorbe todo el derecho de la cosa pública, teniendo por resultado el reconocimiento sin discrepancias de una cualidad esencial desde el punto de vista jurídico: *las cosas públicas son extra-commercium y por ende su inalienabilidad.*

La dependencia de las cosas públicas del Estado (o de cualquier otro de sus entes político-territoriales) y la condición jurídica de las mismas, se distinguen de los caracteres jurídicos de las cosas privadas desde dos punto de vista diferentes: por su afectación o destino y por la mencionada calidad de extracommercium.

En primer término, la especialidad de la cosa pública, está íntimamente vinculada a la *afectación o destino,* entendiéndose por tal, la función de servir la cosa a un determinado fin de utilidad pública. Ahora bien, esa afectación o destino está dada por la voluntad del propietario que la confiere, o, por lo menos, que la mantiene. Así, pues, "el uso de todos no es más la forma única por la cual puede afirmarse el carácter especial de una cosa pública", por cuanto no interesa que el uso uti singuli quede excluido; es suficiente que el interés público se realice por esa afectación o destino conferido por la voluntad del propietario.

Por otra parte el carácter de extracommercium la distingue de todas las cosas que puedan pertenecer a un propietario, y esta condición jurídica que la hace inalienable e imprescriptible y, por ende, no susceptible de ser gravada con derechos reales, la sitúa fuera del ámbito de aplicación del derecho civil.

A los fines de la determinación sobre si los ejidos forman parte del régimen de dominialidad o "dominicalidad" pública, la Sala Político-Administrativa del máximo Tribunal, partiendo de la noción expresada por el tratadista Bielsa, al entender por dominio público "el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad, referente a una entidad administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados y que son susceptibles, por tanto, de apropiación privada", es del criterio que siendo los ejidos bienes afectados al uso público o privado de un ente con base territorial (los municipios) y estando orientados al uso común de los ciudadanos (salvo las excepciones que existen conforme a la ley), son bienes del dominio público y sí expresamente lo consagra la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 107, y por lo tanto inalienables conforme a lo expresado en la citada disposición, artículo 181 de la Constitución vigente (artículo 32 del Texto Constitucional derogado), el artículo 543 del Código Civil y el artículo 4° de la Ordenanza sobre Ejidos y Terrenos Propios del Municipio Guanipa del Estado Anzoátegui.

Conforme a este criterio, según el cual los ejidos son bienes del dominio público, se tiene como consecuencia necesaria su inalienabilidad que se realice sobre ella.

Hay quienes sostienen que, tanto la Constitución de 1961, como la recién entrada en vigencia el 30 de diciembre de 1999, *contienen una imprecisión terminológica* en cuanto a los artículos referidos a la inalienabilidad de los ejidos (artículos 32 y 181, respectivamente) -inalienabilidad que parte en principio de una afirmación absoluta-, dejan abierta la posibilidad de la "enajenación" de los ejidos, con el previo cumplimiento de las formalidades establecidas en sus respectivas Ordenanzas.

Tal imprecisión terminológica, según el criterio de quienes la sostienen, deviene del significado mismo del término "inalienabilidad", comparado como sinónimo de "inajenabilidad" tanto en el Diccionario de la Real Academia Española como en otros diccionarios enciclopédicos, al señalar que lo "inalienable" es aquello que no se puede enajenar, o "dícese de los bienes que se encuentran fuera del comercio, por disposición legal, obstáculo natural o convención".

Para muchos autores, el término "inalienabilidad" ha de ser tomado en una manera absoluta, en el sentido de que la inalienabilidad comporta no sólo la imposibilidad de vender, sino también la imposibilidad de transmisión coactiva de los bienes del dominio público.

Es por ello, que interpretando el espíritu del texto constitucional, se reafirma el principio de la inseparabilidad de los bienes de su destino público, como meta y razón de ser de la inalienabilidad; y únicamente cuando el "interés público" exige tal separación, esta se produce con la desafectación determinadora del cese del dominio público y de la inalienabilidad, de tal manera, que existe la posibilidad de enajenación de estos terrenos de origen ejidal, bajo condición sujeta al cumplimiento de determinadas formalidades legales, siempre y cuando se cumplan las señaladas en las Ordenanzas Municipales, entre ellas, el requisito de la "previa desafectación"[6].

3. Contrato

A. Naturaleza

Existe abundante jurisprudencia la cual ha dejado establecido que los contratos cuyo objeto se refieren a terrenos ejidos -en principio inalienables según nuestra Constitución-, son contratos administrativos y que el acto administrativo que los declara rescatados para el patrimonio municipal, es un acto resolutorio de tal contrato.

De modo que, el contrato de arrendamiento de un terreno ejido es un contrato administrativo, y el acto impugnado no es un acto separable del mismo, sino un acto resolutorio de dicho contrato [7].

En conclusión, *son contratos administrativos los* referidos o celebrados en relación a los Ejidos, *por su naturaleza, por su regulación* un tanto exorbitante del derecho común especial y por el objetivo de interés público en su conjunto.

---

6. T. S. J. (SPA) S: 11-05-2000 - Exp. N° 0121.
7. (SPA) S: 26-05-1994 - Exp. N° 10.169.

De allí, que resulta menester ratificar el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa en la decisión "Acción Comercial", según la cual "...Cuando requerimientos de interés público así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurar la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervenientes: "hecho del príncipe", circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habérsele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos –sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato, y violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada en razones de interés público- encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídico-privados"[8].

Ahora bien, cuando el fin principal que se persigue es el de ensanchar los Ejidos del Municipio y construir un Matadero Industrial, y tal contrato es de innegable interés público, que se constata o explica por la utilidad general que reporta el desarrollo de dicha actividad siendo que, de la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su artículo 36, se desprende que los Municipios, para la gestión de sus intereses, y en el ámbito de sus competencias, podrán prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad y, más específicamente, establece el ordinal 8° del mismo artículo, como competencia propia de los Municipios, los "abastos, mataderos y mercados y, en general, la creación de servicios que faciliten el mercado y abastecimiento de los productos de primera necesidad".

Aunado a ello, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el artículo 124, en su primer aparte, establece:

8. T. S. J. (SPA) S: 11-05-2000 - Exp. N 0121

"Artículo 124. Se declara de utilidad pública o interés social, la concesión y ampliación de ejidos a los Municipios".

Todo lo anterior permite evidenciar como el aludido contrato es de naturaleza eminentemente administrativa, al ser un contrato que persigue como fin principal la ampliación o ensanche de los ejidos del Municipio, para el desarrollo de un matadero industrial en la región, lo cual constituye, concretamente, una de las actividades o servicios, de indudable interés general que, expresamente, está atribuida como competencia de los Municipios[9].

B. Condiciones

a. Generalidades

La venta de ejidos, por imperativo de la Constitución siempre debe entenderse condicionada a fines de ampliación urbana (construcción) Por lo tanto, nunca podrá tratarse de una venta pura y simple aunque parezca derivarse del contrato tal condición.

Por esta razón, la Sala Político-Administrativa ha aceptado numerosos casos de rescate de parcelas por el hecho de no haberse cumplido el fin para el cual –necesariamente, por imperativo constitucional- se habría enajenado el antiguo ejido[10].

b. Parcelamiento

De los artículos 2° de la Ley de Ventas de parcelas y 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se evidencia que la enajenación o venta de un ejido sólo procede a los fines de la realización de construcciones en los mismos y, previo el cumplimiento de ciertos requisitos tales como desafectación, parcelamiento, aprobación del Concejo, y los que establezcan las Ordenanzas.

Igualmente se infiere que, antes de la enajenación o venta de un inmueble por parcelas, el propietario o los copropietarios deben elaborar y protocolizar el documento de parcelamiento, correspondiéndole la realización de dicho trámite, en el caso de la venta de un ejido, al Municipio, por ser éste propiedad del mismo.

En efecto, el documento de parcelamiento conjuntamente con la desafectación y la aprobación del Concejo, son trámites previos que debe

9. T. S. J. (SPA) S: 16-05-2000 - Exp. N° 0061.
10. C. S. J. (SPA) V. S: 25-11-1997 - Exp. N° 11.591.

realizar el Municipio antes de proceder a la venta de un ejido, mas no constituyen obligaciones derivadas del contrato de venta[11].

4. Consejos Legislativos

Reservada constitucionalmente en forma explícita la competencia sobre ejidos al Poder Municipal, no pueden los Consejos Legislativos en las leyes que dicten al respecto, imponer a los Concejos Municipales formalidades diferentes a las que establezcan éstos para la enajenación de sus ejidos en sus respectivas ordenanzas, y en el supuesto de que lo hubiesen hecho infringiendo el texto constitucional el incumplimiento por los Concejos Municipales de las leyes sancionadas al respecto, no podrá servir de fundamento a un recurso contencioso de anulación, por no ser aplicable al caso[12].

5. Recuperación

A. Generalidades

La recuperación de un inmueble objeto del contrato de compraventa, no se produce por efectos de un acto de poder sino que ella se haya establecida, en el cuerpo mismo del contrato, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Municipal de un Estado, y que faculta a un Concejo para enajenar sus ejidos, en atención a los fines permitidos por la Constitución y dentro de las condiciones y términos señalados, debiendo (es imperativo de la norma) recuperar de pleno derecho el inmueble vendido, de conformidad con las Ordenanzas Municipales. La observancia del contrato en cuestión está sometida a una condición legal que el comprador se obliga a cumplir dentro del término improrrogable de un año, vencido el cual sin que el comprador haya ejecutado su obligación, el contrato se extingue de pleno derecho operando con ello la inmediata restitución a la Municipalidad de la cosa vendida. En conformidad con lo expuesto, el contrato de venta no podría tener plena fuerza jurídica hasta tanto no se diera cumplimiento a la obligación de construir, asumida por los compradores, porque es de precepto que cuando una obligación se ha contraído bajo la condición de que un hecho suceda en un plazo determinado, esa condición se tiene por no cumplida si el tiempo ha expirado sin que el acontecimiento se haya efectuado. En este sentido, la misma Ley Orgánica respectiva, con arreglo a lo previsto en la Constitución, otorga a los Concejos, como organismos propios de la Administración Municipal, competencia para

11. T. S. J. (SPA) S: 11-05-2000 - Exp. 14.720
12. G. F. N° 84 (SPA) S: 11-06-1974 - Págs. 394 - 354.

dictar ordenanzas, acuerdos y resoluciones, en lo relativo a la administración de los bienes e ingresos de la entidad municipal, entre éstos, "el producto de sus ejidos y bienes propios". En consecuencia, la recuperación del inmueble vendido que se produce de pleno derecho, al no construir el comprador dentro del término de un año, plazo éste que la Ordenanza establece y el contrato reproduce, se conforma mediante un acto del Concejo, recurrible ante el Tribunal Supremo. En este orden, el Concejo actúa como mero ejecutor de los poderes discrecionales de los cuales dispone en la circunstancia examinada, que no escapan, por el hecho de revestir tal naturaleza, al control de la legalidad ni a la consecuente posibilidad de ser declarados nulos por algún vicio denunciado, por esto no pueden alcanzar a la solución elegida por la autoridad, "porque ella se debe, no a la naturaleza particular de la decisión. Sino a la libertad de acción que la Ley ha dado al funcionario, para fijar el sentido de su determinación"[13].

B. Incumplimiento de condiciones

La negociación realizada entre un particular y el Concejo no es un contrato de compraventa regido exclusivamente por las normas del Derecho Civil, sino una venta que culmina con la adjudicación hecha por el Concejo Municipal en virtud de la facultad que le otorga la Ley Orgánica del Poder Municipal, y, en consecuencia, sometida a los términos y condiciones allí establecidos, entre éstos, con rango de mayor y terminante importancia, la caducidad del derecho adjudicado, ope legis, cuando el comprador adjudicatario, no cumple con la obligación de construir asumida en el contrato, "en término improrrogable de un año, a contar de la enajenación, vencido el cual, sin haberlo hecho, el Municipio recuperará el inmueble de pleno derecho, de conformidad con las Ordenanzas Municipales". Corresponde al comprador o adjudicatario, comprobar que ha cumplido con la obligación asumida de construir una urbanización o haber iniciado los trabajos pertinentes a ello, dentro del plazo de caducidad fijado en el contrato, emergiendo de esa comprobación la subsistencia de un derecho, por el cual, al no haber comenzado a dar cumplimiento a la obligación asumida, su derecho de propiedad sobre la cosa adquirida se extingue fatalmente. Es un caso que se desenvuelve dentro del principio de la legalidad administrativa que impone al Concejo Municipal la obligación de ajustarse en su decisión a las reglas jurídicas preestablecidas en la Ordenanza respectiva. Al hacerlo, mediante una declaración formulada a través de un acto administrativo que lo obliga la ley a dictar, carece de fundamento cualquier infracción denunciada al respecto. Dicho acto, no constituye propiamente una rescisión unilateral del contrato o una revocatoria del mismo por la

13. G. F. N° 100 (SPA) S: 25-04-1978 - Págs. 108 - 123.

sola voluntad de la administración ni viene a ser tampoco un acto jurisdiccional que sólo incumbe cumplir a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa o a quienes compete anular los actos administrativos contrarios a derecho. La Resolución cuya validez se discute, constituye "un acto administrativo de carácter meramente declarativo, pues la extinción del derecho del particular reclamante, se produce de pleno derecho, con arreglo a lo mandado por la Ley Orgánica del Poder Municipal. Y por estas razones, está claro que al dictar su Resolución el Concejo Municipal no puede incurrir en usurpación de funciones[14].

C. El debido proceso

El artículo 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, luego de reproducir el precepto contenido en la Constitución en cuanto a la enajenación de los ejidos para construcciones, siempre que se respeten las condiciones y restricciones establecidas en la Ordenanza respectiva y previo cumplimiento de las formalidades que la misma señale, hace referencia a la potestad del Concejo de establecer una política general de no enajenación de ejidos, así como sujetar su administración y uso a las restricciones que considere más convenientes al desarrollo de las poblaciones y al interés del Municipio. Igualmente, el artículo comentado somete determinadas decisiones en relación con la venta de ejidos a una aprobación de las tres cuartas partes (3/4) de los miembros del Concejo Municipal.

Al respecto, se debe destacar que si bien es cierto que el artículo 184 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal hace referencia al "rescate" de terrenos ejidos que hayan sido enajenados, dicha disposición no habilita ni sirve de fundamento para que el Municipio tome la justicia en sus manos y proceda unilateralmente a rescindir un contrato de venta de terrenos, cuestión que en caso de ser procedente tendría que estar regulado en el contrato respectivo. Por el contrario, de la norma se desprende que en caso de que se compruebe que ha habido violación del texto constitucional (porque se enajenó con un fin distinto al de construcción) o que se ha violado las disposiciones legales u ordenanzas, el Municipio ha de "tomar las medidas pertinentes", es decir, procurar la solución de la situación, ya sea por la vía de la negociación y el diálogo con los infractores, o mediante el ejercicio de las acciones judiciales que el ordenamiento jurídico confiere, por ejemplo, acciones, reivindicatorias y posesorias, según el caso.

En consecuencia, los artículos 74, numerales 1, 2, y 3, 125 y 184 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal no constituyen fundamentación legal

14. G. F. N° 100 (SPA) S: 25-04-1978 - Págs. 108 - 123.

válida para que los municipios procedan al "rescate" de terrenos que hayan sido enajenados, en el sentido de desconocer la existencia de una relación contractual preexistente y atribuirse la propiedad de dichos bienes.

En tal sentido, debe destacarse que "ninguna persona natural o jurídica podrá ocupar una parcela de Terreno Municipal, ni tampoco Municipalidades en general, sin estar provista del respectivo contrato que la autorice para ello, o que existiendo, hubiere vencido su plazo o incumplido sus cláusulas".

Ahora bien, no se desconoce la posibilidad de que el Municipio, en uso de sus potestades constitucionales y legales, pueda proceder a expropiar terrenos de particulares para convertirlos nuevamente en ejidos, si estima que existe un interés social que lo justifique, a cuyos fines se deberá seguir con el procedimiento previsto.

Así por las consideraciones expresadas un acto está viciado de nulidad por ausencia de base legal, cuando las normas constitucionales, legales y sublegales invocadas en el mismo no atribuyen competencia a ningún órgano del Municipio para proceder al "rescate" unilateral de terrenos enajenados por el Municipio, y además, cuando el mencionado acto fue producto de un procedimiento que no resulta aplicable a la situación de hecho legal, lo cual supone una violación a la garantía del debido proceso[15].

V. CONCESIÓN

La municipalidad actúa correctamente cuando establece que la parcela de terreno ejido fue utilizada para un uso no conforme, motivo éste necesario para revocar su concesión y devolver dicha parcela a su debido uso, con respecto de las limitaciones legales a la propiedad establecidas en las leyes, ordenanzas sobre desarrollo urbano y demás actos administrativos dictados en materia urbanística, a que están sujetos los ocupantes y propietarios de lotes de terreno o parcelas urbanas, por disposición de artículo 181 de la Constitución.

Si bien la municipalidad incurre en un error de derecho cuando aplica las disposiciones de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos (que censuran el arrendamiento de terrenos ejidos), puesto que conforme al régimen de los ejidos establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal ninguna para la enajenación y arrendamiento de estas parcelas, siempre y cuando sean destinadas las mismas al uso conforme habitacional, entre otras condiciones propias del contrato de concesión de dicho terreno; no obstante, la Resolución anulatoria de la concesión del terreno ejido tiene por fundamento, como se dijo ya, el uso de la mencionada parcela para un uso

15. C. S. J. (SPA) S: 25-11-1997. Exp. N° 11.591.

no habitacional y por tanto no conforme, lo cual, no es convalidable en modo alguno por acto expreso, hecho u omisión de la municipalidad, habida cuenta que serían infringidas así disposiciones de naturaleza imperativa y de orden público en materia urbanística que son del interés general o colectivo[16].

VI. ADQUISICIÓN

1. Formas

No puede la Resolución emanada de un Concejo fundamentar la existencia de ejidos en un procedimiento extraño a las prescripciones del artículo 3° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos que los define: "1) Los que en concepto de tales han venido gozando varios Concejos y poblaciones de la República que arrancan desde la época colonial, 2) Los que hayan sido adquiridos como ejidos por los respectivos Municipios de conformidad con las leyes que han regido anteriormente acerca de la materia; 3) Los resguardos de las extinguidas comunidades indígenas. Respecto a estos terrenos se respetarán los derechos adquiridos individualmente por los poseedores de fracciones determinadas conforme a la Ley de 8 de abril de 1904 y los derechos adquiridos por prescripción; 4) Los Terrenos baldíos y privados que pasen al dominio de los Municipios que los soliciten y los que obtengan de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

Conforme a la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, que describe las formas de adquisición de ejidos por los municipios, cualquier otro procedimiento resulta ilegal y, eventualmente, atentatorio contra la propiedad privada que, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, se encuentra constitucionalmente protegida. Por tanto, el acto administrativo que lo instaurare, se encuentra afectado de nulidad, que la doctrina califica de absoluta cuando el vicio de procedimiento fuere grave, doctrina, por cierto recogida recientemente en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando en su artículo 19, numeral 4°, sanciona la "prescindencia total y absoluta del procedimiento legal establecido" con nulidad absoluta[17].

2. Terrenos de Propiedad Privada

A. Procedimiento

Si un Concejo Municipal tiene necesidad de ampliar sus ejidos utilizando para ello terrenos de propiedad particular, debe seguir el procedimiento previsto

16. C. S. J. (SPA) S: 22-10-1998 - Exp. N° 709
17. G. F. N° 116 (SPA) S: 30-06-1982 - Págs. 13 - 25.

en el capítulo VII de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos. que regula justamente tal adquisición mediante el procedimiento de expropiación, de conformidad con la Ley de la materia, lo cual implica, además del cumplimiento de todas las normas allí establecidas, el pago al propietario de una justa indemnización, pues así lo dispone expresamente la Constitución Nacional en su artículo 115[18].

B. Expropiación

Cuando un Concejo Municipal no ha intentado un proceso de expropiación ni de confiscación, no se puede afirmar que haya violado las normas que regulan una u otra figura. Podría más bien decirse que al no haber seguido la vía de la expropiación, que era la adecuada para lograr el objetivo perseguido, o sea convertir en ejidos terrenos de propiedad privada, el Concejo Municipal incurre en desviación de poder e infringe el artículo 115 de la Constitución de la República[19].

VII. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS PARTICULARES

Cuando los particulares claramente se proponen obtener el reconocimiento de los derechos de propiedad que pretenden sobre terrenos, al parecer comprendidos, dentro del perímetro de los ejidos de una ciudad, determinados en la Ordenanza correspondiente, existen suficientes e idóneas vías para hacer valer tales derechos y obtener su eventual reconocimiento y la propia Ordenanza así lo establece disposición que se repite en todas las Ordenanzas sobre la materia promulgada a partir de 1943, y es ante los tribunales ordinarios de la respectiva jurisdicción, en donde los interesados deben hacer valer los títulos que posean y mediante la debida confrontación con los títulos que a su vez presente el Concejo Municipal, obtengan el reconocimiento de los derechos que alegan[20].

VIII. BALDÍOS

La Ley de Tierras Baldías y Ejidos promulgada en 1936, en el ordinal 4° de su artículo 3°, dispone que la obtención de terrenos baldíos por las municipalidades para convertirlos en ejidos, deben hacerse de conformidad con el procedimiento que establece la misma Ley en el Capítulo VI. Dicho procedimiento se inicia mediante una solicitud formal dirigida por el Concejo

18. G. F. N° 98 (SPA) S: 25-10-1977 - Págs. 454 - 461.
19. Idem.
20. G. F. N° 88 (SPA) S: 30-06-1975 - Págs. 395 - 406.

Municipal interesado al Gobernador del respectivo Estado, y concluye con la expedición del título correspondiente, el cual ha de ser otorgado por el Ministerio correspondiente. Es sólo con esta última actuación que se verifica el efecto jurídico perseguido a través del procedimiento, o sea el ingreso de los terrenos objeto de la solicitud al patrimonio de la municipalidad. En consecuencia es necesario concluir que si el Concejo Municipal de un Distrito, al promulgar la resolución que se impugna en este juicio, no se atuvo a lo dispuesto en las disposiciones legales que rigen la materia, la irregularidad afecta la validez de dicha resolución.

Por disposición de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, la autoridad competente, para acordar la adjudicación de los baldíos a favor del municipio interesado, es un órgano del Poder Nacional, concretamente el Ministerio respectivo y esa atribución de competencia prevista en la mencionada Ley, se conforma estrictamente a lo dispuesto por la Constitución de 1936, la cual reservaba al entonces denominado "Poder Federal", entre otras cosas, "todo lo relativo a las tierras baldías". Tales previsiones han seguido repitiéndose en las Constituciones posteriores, inclusive la vigente, que las reproduce en el artículo 156, numeral 16. Por tanto, la facultad para enajenar los terrenos baldíos estaba y continúa estando atribuida constitucionalmente y de manera exclusiva, al Poder Nacional, y todo acto administrativo que viole esa norma adolece de inconstitucionalidad por usurpación de funciones [21].

21. G. F. Nº 98 (SPA) S: 25-10-1977 - Págs. 454 - 461.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS AL REGIMEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS ACTOS CUMPLIDOS EN EJECUCION DE LA ACTIVIDAD AGROALIMENTARIA (*)

POR ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO (**)

A quien fuera mi Profesor: Dr. Tomás Polanco A.; un gran "perseverante" además amigo, y quien siempre me distinguió con su muy especial afecto.

"Los obstinados son sublimes. El que solamente es valiente no tiene más que temperamento; el que solamente es decidido no posee sino una virtud: el obstinado en la verdad tiene grandeza. El secreto de los grandes corazones se encierra en esta palabra: "Perseverar".
(Victor Hugo, Les travailleurs de la mer, II, P I. 4.)

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO. II. LA NUEVA COMPETENCIA AGRO ALIMENTARIA. III. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGROALIMENTARIO. IV. MATERIAS PROPIAS

---

*. Investigación realizada por el autor para el Libro Homenaje al Profesor Dr. Tomás Polanco Alcántara.

**. Abogado mención Summa Cum Laude por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela (1962), Especialista en Derecho Privado y Derecho Financiero por la misma Universidad, Ex-Profesor de Pre y Post Grado en Derecho Civil, Obligaciones, Familia y Sucesiones; Fideicomisos, Procedimientos Mercantiles y Seguros; y Derecho Procesal Civil en las Universidades Central de Venezuela (UCV) y en la UCAB, Venezuela. Actual profesor en el Post Grado de Comercio Exterior y de la Navegación, Proceso de Derecho Marítimo en la UCV. Docente en la Escuela del Consejo de la Judicatura, Ex Conjuez Nacional Agrario y Ex Magistrado en la Corte Suprema de Justicia, como Conjuez en la Sala especial de Casación Civil. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Capítulo Metropolitano del Instituto Venezolano de Derecho Procesal, Fundador y ex miembro fundador del Instituto Venezolano de Estudios de Derechos Procesal (INVEDEPRO), Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA) y Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB; y, lo mas importante de todo, ex alumno del Dr. Tomás Polanco A. en Derecho Administrativo Especial, en Propiedad Industrial y en Derecho Bancario.

DE ESTA COMPETENCIA. Objetivos del Procedimiento. Principios que regulan el procedimiento Contencioso Administrativo Agrario. El Iter procesal del Contencioso Administrativo Agroalimentario: Admisión e inadmisión. Emplazamiento, Pruebas, Informes, Sentencia, Ejecución. Poder Cautelar. Recurso de Apelación. El nuevo Recurso de Interpretación en materia Contencioso Administrativa Agro-alimentaria. V. DISPOSICIONES COMUNES PARA EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO Y LAS ACCIONES DE CONTENIDO PATRIMONIAL. VI. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

Con la promulgación del Decreto con rango de Ley contentivo de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario[1] se dejó sin efecto el viejo régimen que reguló desde 1960 todo lo relacionado con lo Agrario, en sentido amplio de la palabra, y que formaba parte tanto de la Ley de Reforma Agraria, como de varios de sus Decretos y Reglamentos complementarios, así como lo atinente a la Ley sobre Tribunales, Competencia y Procedimiento en materia Agraria, al igual que en el Reglamento de la Ley de Reforma Agraria y otras normas vinculadas a dichas regulaciones[2].

La novedosa y hasta ahora cuestionada LTDA , según se lo destaca en su propia Exposición de Motivos[3] tiene como especial cometido adaptar la estructura agrícola al nuevo concepto de reputarla base estratégica del desarrollo sustentable de lo rural, uno de los pilares del nuevo sistema socio-económico de la nación, tal como se lo regula en la ahora vigente Constitución Nacional[4] donde se le da tal importancia que se la declara igualmente como fundamento del desarrollo humano y social de la población.

---

1. Cuya publicación se realizó en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (en lo sucesivo GO) 37.323 de fecha 13 de noviembre del 2001, en lo adelante y para simplificar su cita, identificada como LTDA.

2. Ley de Reforma Agraria, promulgada el 19 de marzo del 1960 en GO 611 Extraordinaria (en lo sucesivo identificada abreviadamente LRA), Ley de Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios en GO 3015 Extraordinaria, del 13 de septiembre de 1982 (en lo adelante LOTPA) y Reglamento de la Ley de Reforma Agraria citado, en GO 1089 Extraordinaria del 2 de marzo de 1967 (en lo sucesivo RLRA).

3. Contenida en la misma Gaceta en que se publicó el Decreto que la promulga, en lo sucesivo EMLTDA.

4. Constitución de la ahora llamada República Bolivariana de Venezuela, o Constitución de 1999, cuya última publicación se encuentra realizada en la GO Extraordinaria No. 5.453 de fecha 24 de marzo del 2000 (en lo sucesivo CN) que incluye la Exposición de Motivos y sobre la cual se han esgrimido argumentos de inexistencia e ilegitimidad, en tanto la así publicada reproduce cambios en su texto y una exposición de motivos, que no emanaron del ente constituyente, ni tuvo autorización expresa del mismo para que así se la reprodujere.

En esa misma línea de ideas, la CN dispone que el Estado deba impulsar la agricultura como medio de desarrollo social, garantía de la seguridad agroalimentaria, y del desarrollo rural, elevación de la calidad de vida de la población campesina, etc.[5].

Para acometer entre otros esos, y los demás importantes postulados de dicha nueva regulación, tales como propiciar que la tierra y la propiedad no sean privilegios de unos pocos, sino que estén al servicio de toda la población, dentro de los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades, proscripción de los regímenes contrarios a la solidaridad social tales como el latifundio, y las reformas propiciadas para la transformación tecnológica, transferencia de tierras con vocación agrícola, infraestructura y capacitación de mano de obra, etc.[6] se puede entender cuales fueron las razones para que dicho instrumento legal contemplara un franco y drástico cambio en las instituciones administrativas que rigen el nuevo proceso Agrario, la necesidad de la creación de una competencia judicial especializada *ad hoc*, y un régimen, por igual, especial y apropiado para la tramitación de los procedimientos administrativos en dichas materias, al igual que, por supuesto, el régimen del Contencioso Administrativo Agrario o Agroalimentario.

Por lo dicho, y tal como se lo afirma en la EMLTDA, "el nuevo marco legal agrario no solo regula lo referente a la materia sustantiva, sino igualmente a la materia procesal. Así se consagra un título en el cual se desarrolla todo lo relativo a la jurisdicción agraria, tanto en lo referente a la jurisdicción ordinaria agraria, como a la jurisdicción contencioso administrativa en materia agraria".

Destaca igualmente dicho fundamental documento, que "en lo relativo al Contencioso Agrario, se procura establecer un procedimiento más sencillo y rápido que el procedimiento contencioso administrativo general regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hasta que se dicte la ley que rija la jurisdicción contencioso administrativa" .

Como se observará de lo dicho, así como de una simple lectura que de dicha LTDA se haga, los cambios han sido muchos y sustanciosos, en lo general; en lo que atiene a relaciones de particulares con el Estado, en el régimen entre el Estado, con los usuarios y detentadores de tierras productivas, con los usuarios de las mismas, modificaciones en los entes institucionales, y por igual en el régimen jurisdiccional y especialmente en lo que atiene al procedimiento administrativo y "contencioso administrativo".

---

5. EMLTDA, encabezamiento.
6. Vid EMLTDA.

Dado que pretender examinar todos dichos cambios, muchos de evidente consideración, excedería del propósito de un estudio como el que nos proponemos ahora desarrollar, precisamos, que el concreto objetivo del presente, lo será, examinar a nivel del detalle práctico posible, lo relacionado exclusivamente con el procedimiento contencioso administrativo, y solo a lo que a él atañe, dentro de la nueva LTDA.

Precisa acotar tangencialmente en torno a ésta Ley, que al haber sido promulgada en la forma de Decreto con rango y fuerza de Ley, amparado a su vez en una Ley Habilitante, por la cual se le confirieron potestades legislativas al Ejecutivo Nacional, entre otras sobre la materia agraria, ha provocado una enconada polémica en amplios sectores del pais, conforme a la cual se discute la constitucionalidad o no de dicha ley, entre otras razones, precisamente, por sostenerse que la habilitación concedida no abarcaba ni potestades para modificar el ordenamiento procesal ni el ámbito de una nueva "competencia judicial" ni materia tan delicada como la creación de un nuevo impuesto, siendo que una de las particularidades de la LTDA, es precisamente la creación de un impuesto a las calificadas como tierras ociosas[7].

Dicho lo anterior, entremos en materia.

---

7. Como se lo afirma, la Ley se la dicta bajo el régimen de una Ley Habilitante, que no como una Ley ordinaria especial, o sea se trata de lo que nuestro sistema Legislativo vigente considera un DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY con lo cual insistimos, comienza aquí el conjunto de contradicciones y disparates vinculados a dicha normativa, en tanto que en lugar de haber sido promulgada y discutida como una verdadera Ley formal e inclusive con rango de Ley orgánica, como lo amerita la importancia y especialidad del tema Agrario y de lo Agroalimentario, siguiendo inclusive el deseo del por igual nuevo constituyente a partir de 1999, la misma se la promulgó bajo la primera formula citada, materialmente en contra de la voluntad de todos los sectores involucrados a excepción del oficial. Lo dicho justifica las críticas generales por inconstitucionalidad de la Ley, como por haberse pretermitido con dicho procedimiento requisitos y formalidades para dar fuerza y chocar frontalmente con disposiciones expresas de la Constitución Nacional. Pero aclaremos, no es ese nuestro tema de examen, y simplemente a los interesados y curiosos sobre dichos aspectos los remitimos a una interesante, seria y completa obra patrocinada por la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y en la que se recogen comentarios y opiniones sobre dichos problemas de esa y las demàs leyes habilitadas, que por la autoridad y seriedad de sus autores que suscriben los múltiples trabajos en ella contenidos, la hacen reputar como una de las mas serias, completas y enjundiosas sobre dicho problema y el cuestionamiento que se ha hecho a las leyes de la habilitante. Nos referimos a la obra denominada "Ley Habilitante del 13-11 del 2000 y sus Decretos Leyes", Autores varios: Melich O, José R; Planchart Manrique, Gustavo; Leañez Sievert, Carlos, Ramón Escovar León y otros, Serie Eventos, No. 17, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Arauco Ediciones, CA, Isbn 980-6396-17-0, Caracas, 2000, 308 ps a cuya lectura remitimos.

II. LA NUEVA COMPETENCIA AGRARIA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA MISMA

Como lo refiere la EMLTDA, se consagra de nuevo una Jurisdicción (sic. Competencia) especial agraria o mejor dicho agroalimentaria[8] tal como se desprende de los Art. 166 ss, la cual inclusive estará integrada por órganos judiciales especiales en los tres niveles ordinarios, en asuntos no contenciosos administrativos, así como en todos los niveles del Contencioso Administrativo especial.

La norma del Art. 166 precisa que el ejercicio de la Competencia especial será realizado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de justicia, y los demás tribunales señalados en este Decreto Ley, los cuales, precisamente son los Superiores Regionales Agrarios, como Primera Instancia en lo Agrario (que conocerán inclusive el contencioso administrativo propio: demandas contra entes vinculados a lo agro alimentario pertenecientes al Estado) y de cuyas decisiones en alzada, conocerá por igual la Sala Especial de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, así como los juzgados de primera y segunda instancia ordinaria especiales agrarios, y contra cuyas decisiones, conforme a las reglas especiales al efecto, puede recurrirse ante la Sala Especial Agraria de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia[9]

En lo que atiene al Contencioso Administrativo propiamente dicho, destaca el Art. 171 LTDA, que son competentes para conocer de los recursos que se intenten contra cualquiera de los actos administrativos agrarios, los Tribunales Superiores Regionales Agrarios, competentes por la ubicación del inmueble, como Tribunales de Primera Instancia, y la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien actuará en tal caso, como segunda instancia.

Vale la pena destacar el inapropiado giro del lenguaje usado por el Legislador en el caso de la referencia hecha a los Tribunales Superiores Regionales, al vincular el ejercicio material territorial de sus competencias a la ubicación del inmueble (sic. Fundo agrario o explotación pecuaria) cuando que como lo destacaremos

8. Preferimos usar y en efecto así lo haremos en adelante, el término agroalimentario, para lo que atiene a lo contemplado como fin último en la LTDA, pues en efecto, en ella se da preponderante importancia a tal concepto y actividad con la misma especial nueva consideración que con especial vehemencia le otorga la CN, y ello se lo destaca por igual con especial énfasis en varias ocasiones en la LTDA (Arts. 1, 2, 167, 211, 258, etc. LTDA)

9. Arts 201, 212, 244 y 248 LTDA

seguidamente, existen muchos casos propios del Contencioso Administrativo Agrario, que nada se vinculan a fundos o propiedad en zonas rurales.

III. MATERIAS PROPIAS DE ESTA COMPETENCIA

1. Reglas Ordinarias

Conforme lo determina el Art. 172 LTDA los aludidos órganos jurisdiccionales conocerán de todas y cualquier acción que por cualquier causa sean intentadas con ocasión a la actividad u omisión de los órganos administrativos en materia agraria, incluyendo el régimen de los contratos administrativos, el régimen de las expropiaciones, las demandas patrimoniales y demás acciones con arreglo al derecho común que sean interpuestas contra cualesquiera de los órganos o los entes agrarios.

2. Casos especiales

Lo dicho nos permite observar que no resultan aplicables entonces respecto a los legitimados pasivos de dichos procesos, las limitaciones por la cuantía, fijadas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[10], a los fines de distribuir el ejercicio de dicha competencia, y pierde la que hasta ahora viene ejerciendo sobre lo Agrario y agroalimentario la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Por igual, a nuestro entender, solo queda exceptuada del nuevo fuero atrayente especial agrario, la República y los actos emanados de los Ministerios, cuando como demandadas tengan que concurrir a juicio en el Contencioso Administrativo pleno, en tanto reputamos continua siendo regulada dicha materia por el fuero especial de protección atribuido a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo.

En cuanto a los amparos constitucionales, salvo los sobrevenidos, cuando por razón de la materia o afinidad debieran ser atribuidos a la Sala Especial, precisa recordar que ahora conforme a doctrina reiterada de la Sala Constitucional, será esa la Sala competente para conocer de dichos amparos y en todo caso resultaran aplicables los principios y normas que dicha Sala ha fijado por vía de interpretación auténtica de la Constitución Nacional en torno al Procedimiento y órganos competentes para conocer de los mismos.

---

10. Publicada en la GO Ext. 1893 de fecha 30 de julio de 1976 en lo sucesivo LOCSJ.

IV. EL ITER PROCESAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO

1. FINES Y OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO

Meticulosamente señala el Legislador en el Art. 167 los intereses confiados al Poder Judicial en materia Agroalimentaria, disponiendo que en cualquier estado y grado del proceso, en cualquiera de sus tipos (acciones agrarias, demandas patrimoniales contra los entes estatales agrarios y de los recursos contenciosos administrativos agrarios) velará por;

a. La continuidad de la producción agroalimentaria,

b. La continuidad en el entorno agrario de los servicios públicos,

c. La conservación de los recursos naturales y el medio ambiente,

d. El mantenimiento de la biodiversidad,

e. La conservación de la infraestructura productiva del Estado,

f. La cesación de actos y hecho que puedan perjudicar el interés social y colectivo,

g. El establecimiento de condiciones favorables al entorno social e intereses colectivos.

Como se lo puede constatar, en su tarea, el Juez del Contencioso Administrativo Agrario, y en general el Poder Judicial que se desempeña en ésta competencia[11], asume un delicado compromiso con la nación para la protección del entorno agroalimentario, recursos naturales y medio ambiente, para lo cual no solo debe centrar sus actuaciones con miras a la protección de tan especiales "intereses generales", debiendo resolver cada caso en concreto poniendo atención en evitar la posible lesión que pudiere causarse a tan preciados objetivos, por ello, seguidamente le confiere instrumentos apropiados

11. También se lo confiere en forma similar al Juez Ordinario Agrario, conforme la norma contenida en el Art. 258 LTDA, la que en todo caso entendemos repetitivo, en tanto que al disponer la ahora comentada, dentro de la temática general de las potestades de la Competencia Agraria (Título V. De la Jurisdicción Especial Agraria. Cáp. I. Disposiciones Fundamentales), ya con ello abarcaba y daba por entendido que por igual están concebidas para su ejercicio por cualquiera de los jueces que se desempeñan en la Competencia Agraria, sean ordinarios o los del Contencioso Administrativo Agrario.

a fin de poder ejecutar sus tareas, otorgándole el conocido "Poder Cautelar General Especial" contemplado en el aparte final de la comentada norma.

En efecto, dispone:

> "A tales efectos, dictará de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta y conforme al supuesto de hecho de la norma que le sirva de fundamento contenida en el presente Decreto Ley, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares y a los entes estatales agrarios, según corresponda."

Estas facultades extraordinarias no constituyen novedad en el sistema Agrario venezolano, ya se encontraban reconocidas en la LOTPA y se diferencian clara y precisamente del poder cautelar ordinario concebido, instado y diseñado para la protección del interés particular o en el caso concreto, y cuyo objeto no es con miras al cometido general de lo agroalimentario, sino para garantizar la verdadera ejecución de la Ley, imponer el respeto al poder coercitivo del derecho y facilitar la ejecución de los fallos, en adición a permitir la real ejecución del derecho lesionado e invocado en la pretensión.

El cautelar general especial se le concibe, como una forma ad hoc para que el Poder Judicial, asuma sus cometidos de protección y tutela del interés general en lo agroalimentario, recursos naturales y medio ambiente.

2. Principios generales que imbuyen el trámite

Dentro de las mismas disposiciones fundamentales, aplicables en general a las actuaciones del Poder Judicial con competencia Agraria ordinaria o la Contencioso Administrativa, se dispone, en ejecución directa de lo estatuido por la CN, que el procedimiento agrario constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, advirtiendo que la omisión de formalidades no esenciales no dará lugar a la reposición de la causa[12].

Se ratifica así que el proceso agrario, en cualquiera de sus modalidades es un instrumento útil para el logro de la justicia, que no un mecanismo para torcerla, perturbarla y demorarla, de tal modo que solo cuando los actos dejan de alcanzar su fin útil, es que puede realmente entenderse la conveniencia de que los mismos se dejen sin efecto y se disponga rehacerlos, privando pues con ello el principio de la conservación de los actos procesales, dentro de esos objetivos límites.

12. Art. 169 LTDA.

Así mismo en el Art. 170 dispone el legislador que los procedimientos previstos en dicho Título, se regirán por los principios de inmediación, concentración, brevedad, oralidad, publicidad y carácter social del proceso agrario, disposición esta que debe entenderse en el sentido de que resultarán ellos aplicables a falta de norma expresa que regule dichos aspectos dentro del proceso agrario, sea el ordinario o el contencioso administrativo.

Conforme lo dicho, en el Contencioso Administrativo, continuará privando la modalidad escrita, pero se deben aplicar en lo posible los de inmediación, concentración, brevedad, publicidad y carácter social.

3. Trámite de los Recursos y acciones

La interposición de las acciones y recursos que deban ser incoados ante esta competencia, deberá ser cumplida por escrito ante el Tribunal competente, dando cumplimiento a los requisitos del Art. 175, que dispone:

> "Las acciones y recursos contemplados en el presente Título deberán interponerse por escrito por ante el Tribunal competente, cumpliendo con los siguientes requisitos:
>
> 1. Determinación del acto cuya nulidad se pretende.
>
> 2. Acompañar copia simple o certificada del acto, actuación o contrato cuya nulidad se pretende o señalamiento de la Oficina Pública u organismo en que se encuentran y los datos que lo identifiquen.
>
> 3. Indicación de las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncia.
>
> 4. Acompañar instrumento que demuestre el carácter con que se actúa. En caso de que tal carácter provenga de la titularidad de un derecho real, identificará el inmueble, con expreso señalamiento de sus linderos y copia certificada de los documentos o títulos que acreditan la titularidad aludida.
>
> 5. Los documentos, instrumentos o cualquier otra prueba que se estime conveniente acompañar."

Respecto a la norma antes transcrita solo vale la pena insistir con algún comentario en torno a lo dispuesto en el numeral cinco, en tanto extraña el que a pesar de que la mayoría de las nuevas reglas de procedimiento apropiados para los nuevos procesos diseñados en Leyes recientes, se dispone el adelanto de pruebas, para un mejor control por parte del Juez como conductor del proceso, el que nada se dispone al

respecto en la LTDA siendo de opinión nosotros, que no puede entonces exigirse tal requisito por parte del Juez[13].

A pesar de que en la enumeración de los requisitos de la norma aplicable, nada se dice, es obvio que además de la cita de las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncia, o en las que se fundamenta la pretensión (numeral 3, Art. 175) deben expresarse los motivos de hecho en que se fundamente la pretensión tal como se lo exige para el ejercicio del Recurso que se interponga, exartículo 190 LTDA.

A. Admisión e Inadmisión

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la interposición del Recurso o acción, el Tribunal resolverá sobre la admisión, y solo podrá declararse inadmisible, por los expresos motivos contenidos en los trece (13) numerales contemplados en el Art. 177 ejusdem, de los cuales no insistiremos en su examen particularizado, dada la claridad de los supuestos en ellos contemplados, pero reservándonos los siguientes comentarios:

1. Conforme al numeral 3 de la norma, debe entenderse que caducará el ejercicio de los recursos o acciones, por el transcurso de sesenta días continuos desde la publicación en la Gaceta Oficial Agraria o la notificación directa del acto, sin que se hubiere interpuesto el recurso o ejercido la acción, sin distinguirse se trate de actos administrativos de efectos temporales o no.

Lo dicho es consecuencia igualmente de la norma expresa contenida en el Art. 194 de la LTDA, que repite idéntica disposición la cual es de aplicación común tanto a los procedimientos Contenciosos Administrativos, como a las Demandas contra los entes Estatales Agrarios.

2.- Que tal como se desprende del numeral 11, es menester agotar el antejuicio administrativo, cuando así esté pautado por la norma aplicable, o por el no agotamiento de la vía conciliatoria o de avenimiento si ese fuere el caso conforme la disposición aplicable al caso concreto.

---

13. Como se deduce de la LTDA, la regulación sobre el Contencioso es provisional y hasta tanto se dicte la Ley especial del Contencioso, en la cual es deseable se unifiquen todos los procedimientos del Contencioso Administrativo y se corrijan omisiones como a la que referimos en éste caso, pues su dispositivo es útil para el mejor control del expediente, y para un más diáfano ejercicio del derecho de defensa.

Respecto al agotamiento de la vía administrativa, dispone la Ley (Art. 198) son aplicables las disposiciones contempladas en la LPGR[14].

Contra el pronunciamiento de inadmisibilidad cabe recurso de apelación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mientras que del auto que admite la demanda, no cabe recurso alguno, sin menoscabo de que los eventuales opositores, puedan hacer valer los motivos de inadmisibilidad, al oponerse al fondo, pretensión esa que será resuelta con la definitiva.[15]

B. Notificaciones y emplazamientos

La norma del artículo 178 LTDA dispone que admitido el recurso se ordenará el emplazamiento del Procurador General de la República, así como de los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa, para que procedan a oponerse al recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de un lapso de diez días hábiles e igualmente se dispondrá la remisión de los antecedentes administrativos, los cuales formarán pieza separada.[16]

---

14. Al respecto vale la pena destacar la ahora excepción contemplada en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (publicada en la GO Ext. 5554 del 13 de noviembre del 2001) en lo sucesivo identificada como LOPR, Art. 56 aparte único, conforme a la cual no requieren agotamiento de esta reclamaciòn previa los casos cuya cuantía no exceda de 500 Unidades Tributarias y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del ente correspondiente.

15. Como lo hemos sostenido, tanto en Procesal general, así como en materia Contencioso Administrativa, inclusive especial, somos de la opinión que el Legislador debe dar cabida al recurso contra la admisión impertinente o sin causa legal, en tanto no aparece como justo ni razonable que las partes deban seguir atadas a un proceso inicuo y sin fundamento, o contra prohibición de Ley, cuando que a priori, pudiere ser resuelta la impertinencia de la vía incoada. En ese mismo sentido inclusive tanto la Sala Político como la de Casación de la antigua Corte Suprema, tuvieron oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, siempre y cuando ello se lo regule para supuestos expresos y taxativos de clara violación de las normas aplicables Vb. Acciones evidentemente caducas, llamado al juicio a sujetos que no se corresponden claramente con el proceso incoado, etc.

16. Si bien es cierto que no se ordena notificación al órgano del cual emana el acto impugnado, o el contrato de que se trate, lo cual parecería obviamente sano a la mejor defensa de los intereses de la legalidad de los actos de la administración o del proceder de los órganos involucrados, al solicitarse los antecedentes administrativos, que deben ser requeridos a aquellos, tal exigencia, pone sobre aviso a la administración sobre el recurso ejercido, y facilitará así la obtención de recaudos y pruebas que sean menester. Lamentablemente en la práctica la Administración no guarda respeto a esta sabia recomendación, y hacen caso omiso a dichos requerimientos al igual que a los que formula la Procuraduría cuando le corresponde atender el llamado que se le hace a juicio y solicita, como lo establece la normativa pertinente de la Ley de Procuraduría, las instrucciones correspondientes.

La LPGR establece la modalidad y términos para la citación del Procurador, los que a nuestro juicio no quedan derogados por las normas especiales de la LTDA al menos en lo que a esta citación a juicio se refiere.[17]

Lamentablemente, no obstante ser esta Ley de reciente publicación, se incurre en ella nuevamente en el error de dejar en manos del Juez lo relacionado con el emplazamiento por Carteles y su implementación, todo a su solo juicio, lo que ha sido criticado tanto por la misma jurisprudencia como por reputada Doctrina.[18]

C. Trámite especial de las demandas de contenido patrimonial (Contencioso Pleno ss.)

En este caso, conforme lo dispone el Art. 179, el auto que ordene la admisión dispondrá además de la citación del Procurador, la del ente estatal agrario demandado, y en tal caso el emplazamiento se hará para el décimo quinto día hábil.[19]

Es propicio destacar aquí que si bien la Ley impone esta obligación de notificar siempre en estos casos del Contencioso al Procurador General de la República, en mérito a un privilegio para garantizar mejor protección al Estado, ello no obsta para que sea menester imponerlo igualmente por notificación de cualquier demandado o recurso que sea interpuesto contra cualquier ente agrario o contra todo tipo de acto administrativo agrario, así como cuando sean dictadas en esos procesos, sentencias interlocutorias o definitivas, con la advertencia que la omisión de tal notificación, aparejará la reposición de la causa de oficio o a instancia del Procurador, tal como lo dispone la norma del Art. 181 LTDA, por igual contemplada en la LPGR cuyo contenido, forma y plazos serán aplicables en estos casos.[20]

---

17. Art. 79 LPGR
18. En tal sentido vid. CSJ/ SPA, 15-7-92 en Revista de Derecho Público 50, p. 163, y la posición que siguen Brewer Carías Allan y Araujo Juárez José (*Principios Generales de Derecho Administrativo*, Vadell Hnos., Isbn 980-212-203-2, Venezuela, 1996, p. 487 ss.)
19. En verdad somos de opinión de que se han debido unificar los lapsos para contestar bien sean los recursos propiamente dichos o las demandas contra entes estatales. Es insólita la especie de manía irrenunciable de que todo debe tener un rito diferente a lo demás, por parecer así mas individualizado.
20. Art. 84 LPGR. Insistiremos aquí en que la justificación de la fractura el principio general de que basta una sola citación a juicio para entender a las partes a derecho respecto de su acontecer, cede ante el privilegio de protección a los intereses públicos.

D. Pruebas: Lapso, medios y evacuación

a. Principio general

Al día siguiente del vencimiento de la oportunidad fijada para la contestación de la demanda o de la oposición, el juicio queda abierto a pruebas, sin necesidad de auto expreso, fecha esa a partir de la cual se comienza a contar un lapso de tres días hábiles para la promoción de pruebas.

Vencido dicho plazo se agregaran las pruebas pudiéndose oponer las partes a la admisión de las mismas en el primer día de despacho siguiente.

El Tribunal se pronunciará sobre la admisión de las mismas dentro de los tres días hábiles siguientes.

La apelación solo se tramitará en el efecto devolutivo y podrá ser interpuesta dentro de los tres días hábiles siguientes al pronunciamiento del Tribunal.

Para la evacuación de las admitidas, se dispondrá de un lapso de diez (10) días hábiles[21]

Como se lo puede apreciar, ninguna diferencia aparece entre este proceso y los ordinarios, con la sola salvedad de los términos específicos aplicables en el caso concreto.

b. Excepción

Conforme se lo dispone en el Art. 187, no habrá lugar a la apertura del lapso probatorio cuando la controversia fuere de mero derecho, o bien cuando el demandante o recurrente y el representante de los entes estatales agrarios, así expresamente lo convengan[22].

c. Medios Probatorios

En el Contencioso Administrativo Agrario, se admitirán todos los medios probatorios previstos en el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes, con lo cual se consagra una absoluta amplitud probatoria[23]

---

21. Art. 184 LTDA.
22. La comentada situación de que el representante de los entes resuelva convenir en no presentar pruebas, resulta excepcional y requiere a nuestro entender autorización expresa de la más alta autoridad del ente de que se trate, a tenor de lo dispuesto en el Art. 71 LPGR, que consideramos aplicable.
23. Art. 185 LTDA

Sin embargo acogiendo los privilegios que estipula la LPGR a favor de la República ni la autoridades ni los representantes legales de los entes agrarios, estarán obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, y por igual, la confesión espontánea del funcionario público o de los sustitutos, no tendrá valor probatorio.

A pesar de lo dicho y que nada contempla al respecto la normativa procesal del contencioso administrativo agrario, entendemos que a dichos funcionarios y autoridades si se les podrá exigir dar contestación escrita a los interrogatorios que de igual forma le hubiere solicitado la contra parte, sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo, tal como lo regula expresamente la Ley de la Procuraduría General de la República, medio probatorio este que conoce la doctrina como "interrogatorio o declaraciones de partes"[24]

Igualmente debe destacarse en el procedimiento Contencioso Administrativo Agrario, respecto la prueba de "experticia", que la misma puede ser acordada de oficio o a petición de parte, a un solo experto, designado por el Juez de la causa, quien le fijará lapso para que rinda su dictamen, el cual en ningún caso será vinculante para el Juez, quien podrá apartarse del mismo si existieren otros medios de prueba que produzcan suficientes elemento de convicción que consten, tanto en el expediente de la causa como en el expediente administrativo.

Debe observarse, que, en torno a la posibilidad de separarse el juez del dictamen técnico, que la LTDA en esa materia resulta más precisa y exige para ello, que, cuando menos se haga un ejercicio lógico, que debe constar en el fallo, conforme al cual se justifique tal determinación en base a la existencia de otros elementos de convicción - entendemos con mayor poder de convicción- sea en el expediente judicial o en el administrativo, que justifiquen tal determinación (Art. 186 LTDA).

d. Potestades probatorias del Juez

Nada contempla la LTDA al respecto, pero es de pacífica doctrina[25] y jurisprudencia reiterada que el proceso Contencioso Administrativo esta regido por el llamado principio de " investigación", en virtud del cual el Juez Contencioso toma un rol activo no solo en la conducción del proceso, sino que se convierte

24. Art. 76 LOPG

25. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1992, y ARAUJO J., JESÚS, o.c. p 377 ss.

en un Juez inquisidor, con la sola salvedad de su proceder en el Contencioso Administrativo pleno ss, en el cual sí mantiene su condición de Juez Mercenario y viene obligado a procurar su absoluta imparcialidad, sin poder ejercer potestad probatoria diferente a la simple "*ad aclarandum*".[26]

Lo dicho comporta que el Juez del contencioso, con la anotada excepción, puede llevar a los autos cualquier tipo de prueba sobre hechos fijados en el proceso, con verdadera potestad aportatoria libre, teniendo como meta la búsqueda de la verdad. El Juez del Contencioso en tal sentido debe asumir el rol de la defensa de la legalidad de los actos del Estado y sus entes, siéndole vedado únicamente el modificar o alterar los hechos que constituyan fundamento de la controversia, cuyo alegato e invocación si es de la exclusiva incumbencia de las partes.

Tales potestades de aportación, pueden ejercerlas bien el término probatorio ordinario del proceso, o mediante autos para mejor proveer, una vez hechos los informes y antes de la sentencia, sin que nada de ello obste, por supuesto, al debido control que sobre dichas pruebas, pueden ejercer las partes del proceso.

E. Informes

Los mismos serán fijados, concluido que estuviere el lapso probatorio, en uno de los tres días siguientes de despacho, el cual se llevará a cabo en "audiencia oral", entrando seguidamente el juicio en estado de sentencia, la cual deberá ser dictada por el Tribunal dentro de un lapso de sesenta (60) días continuos.

F. Sentencia

No trae la normativa sobre la Competencia del Contencioso Administrativo Agrario, ninguna referencia concreta al tema, limitándose solo el Art. 189 a fijar la oportunidad en que debe producirse tempestivamente el fallo, estableciendo que ello lo será dentro de los sesenta días continuos siguientes al de aquel en que tuvo lugar el acto de informes.

Si recurrimos en esta materia a las disposiciones del Contencioso Administrativo ordinario, esto es a la LOCSJ, que resultarán aplicables a nuestro

26. Ello viene corroborado expresamente en el Art. 129 de la LOCSJ, relativo al procedimiento Contencioso Administrativo ordinario ante esa Instancia, referido a la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares.

juicio en razón de la laguna legislativa, diremos que dicho fallo, si se trata del contencioso de nulidad contra actos de efectos generales, declarará la sentencia si procede o no la nulidad del acto, examinados que fueren los motivos en que se fundamenta la demanda y determinará en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo (Art. 119 de la citada Ley), y estimamos por igual aplicable la disposición del Art. 120 "*ejusdem*" que ordena publicar en el diario oficial (en éste caso la Gaceta Oficial Agraria), el fallo contentivo de la nulidad.

Por obvias razones la sentencia deberá cumplir con los requisitos de forma y fondo ordinarios del Código de Procedimiento, en tanto, por igual, en el proceso Contencioso, es el acto final del procedimiento y llamado a resolver la controversia, esencialmente escrito, que debe satisfacer los requisitos de suficiencia y congruencia para que permitan su suficiencia y debida ejecución.[27]

G. Ejecución

Por supuesto que en esta materia como en las demás del Contencioso Administrativo, el problema más álgido suele ser la ejecución de los fallos contra la propia administración, en este caso la ejecutora de la función de control, desarrollo y ejecución de lo agroalimentario, con toda la compleja gama de situaciones que deriva de la necesidad de lograr, que pese a las consideraciones que puedan hacerse, debe ejecutarse y cumplirse lo resuelto por la autoridad judicial. El fundamento de la ejecución debe recordarse está implícito en el concepto de tutela judicial efectiva y es parte del mismo derecho de acción.

Sobre consideraciones como la precedente ya se ha pronunciado nuestra Jurisprudencia[28] y lo reitera la doctrina nacional.

En adición es preciso recalcar que la ejecución debe y tiene que ordenarla y disponerla la propia actividad jurisdiccional, como consecuencia del principio de exclusividad de la jurisdicción, y el imperio en nuestro sistema, y en especial en esta competencia del llamado sistema judicialista de ejecución de las sentencias.[29]

El problema delicado en estos casos, resulta en el como hacer cumplir a la propia Administración a disponer lo necesario para el pago y ejecución de sentencias

27. Para ampliar conceptos sobre esta materia, véase Araujo J, José, o.c. p 513 ss.
28. Sentencias del 22-11-90, 9 mayo del 91, entre otras en Revistas Derecho Público Nos. 46 y 165.
29. En tal sentido, Araujo Juárez, José, o.c. p. 524

de condena, sobre lo cual se ha discutido en la jurisprudencia, procurándose varias teorías sobre el tema en la misma Jurisprudencia (ejecución sin excepciones, fijación de plazos especiales para lograr dichas ejecuciones) problemas a los cuales debe buscarse una razonable solución so pena de ser objeto de crítica la actitud del estado, en tanto , lo contrario, sería admitir una injustificable interferencia en la administración de justicia , tal como lo señala Araujo Juárez.[30]

H. Consideración especial sobre la materia en la LPGR (Arts. 85 ss)

En la reciente LPGR se contempla ahora una novedosa normativa sobre esta temática, disponiéndose que en los casos de condena a la República, se procederá a la notificación especial al Procurador, quien dentro del plazo de sesenta días informará sobre la forma y modo de ejecución, teniendo la parte ejecutante el derecho de objetar o no la forma que se proponga para ello (Art. 86) y en el entendido de que si nada se provee o si no fuere de aceptación la modalidad ofrecida, se procederá conforme los trámites que expresamente contempla dicha Ley, en la que se distingue según se trate de pago de sumas de dinero, para el cual se confiere poder vinculante a la disposición de que se las cancele en el período máximo de dos ejercicios fiscales presupuestarios; y la de entrega de bienes, para el cual se contempla, si son de aquellos afectos a servicios públicos o actividad pública, un pago en efectivo monto del cual queda a determinación de expertos.

Por último, estimamos de interés referirnos por igual a la novedosa regulación contenida en el Art. 87 de la misma comentada Ley, en el cual se regula la corrección monetaria de las condenas, haciendo así aplicable al propio Estado, los mecanismos de ajustes por inflación, y evitando la distorsión en el cumplimiento coactivo de la Ley, como consecuencia del tiempo en juicio, desvalorización, y procesos inflacionarios.

Evidentemente que sobre toda esta materia queda mucho por decirse y en ello tendrá relevante importancia la interpretación jurisprudencial.[31]

---

30. O.c. p. 525.

31. Para ampliar conceptos sobre este interesante tema, sugerimos la lectura del reciente trabajo Tutela Judicial Efectiva. Ejecución Forzosa. Entes Públicos, de Patricia Ballesteros O, en IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Autores varios, Invedepro y EDT Jurídica Santana, Isbn 980-6584-00-7, Venezuela, 2003, p. 779 ss.

4. El Poder Cautelar ordinario en el Contencioso y el Poder Cautelar especial en protección a los intereses jurídicamente protegidos por la LTDA

Como debe imaginarse en torno al Contencioso Administrativo general, toma particular interés la posibilidad de que en el transcurso del proceso puedan enervarse los efectos de los actos administrativos impugnados, y en el Contencioso Administrativo Agroalimentario, al igual que en el ordinario, el Legislador contempla la posibilidad de que en efecto a propuesta de la parte, y tomando muy en cuenta el que no se causen daños a los intereses generales en juego de mayor entidad, el Tribunal de la causa pueda ordenar la suspensión de los efectos, en todo o en parte, del acto administrativo recurrido.

A tales efectos, ahora de manera innovadora establece la regulación especial analizada[32], que el Juez, sin perjuicio de las facultades especiales conferidas para la protección de los intereses generales (Art. 167 ejusdem), disponga la celebración de una " audiencia oral" a fines de conocer las opiniones de las partes, y con ello resolver si la medida pone o no en juego intereses del entorno social (Art. 182,primero), con vista a la cual deberá disponer inmediatamente, o máximo en las 48 horas siguientes sobre las pretensiones de la solicitante, y tomando en cuenta el que si de alguna manera se pone en grave daño el entorno social, deberá negarse la medida.

Para ello será menester conforme lo dispone el Art. 182, que el solicitante compruebe que su inmediata ejecución comporta perjuicios y gravámenes irreparables o de difícil reparación, así como acompañar garantía suficiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al auto que las acuerde.

La ley imputa la responsabilidad personal y patrimonial al Juez de la causa en caso de que las garantías no sean suficientes para salvaguardar los intereses públicos, sin menoscabo de las demás sanciones disciplinarias.

Dichas medidas pueden ser revocadas, reformadas o sustituidas durante el curso del juicio, si a juicio del juez eventualmente se modifican los supuestos que dieron lugar a ellas.

Debido al privilegio de presunción de solvencia de que goza la República, no caben en los procesos, ni aún del Contencioso Pleno SS, sean decretadas

32. Art. 183 LTDA.

medidas cautelares o ejecutivas, para garantía del cumplimiento de lo decidido y por el contrario, la República, dentro de los parámetros de los artículos 89 ss LPGR, si puede solicitar y obtener cautelas contra los particulares con quienes controvierta en juicio, y con la advertencia de que a la República, no puede exigírsele tampoco caucionamiento (Art. 69 LPGR).

5. Segunda Instancia del Contencioso Administrativo Apelación y su trámite. La Consulta (LPGR)

Contra los fallos dictados en Primera Instancia del Contencioso, podrá interponerse recurso de apelación, ante el Tribunal que conoce del asunto y para ante la Sala Especial de la Sala Social del Tribunal Supremo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la sentencia, si la misma hubiere sido proferida dentro del lapso previsto en la misma Ley (Art. 188) o a partir de la notificación de las partes, si hubiere sido dictada fuera de lapso.

La LPGR, en todo caso, establece como privilegio a favor de la República, que si las sentencias definitivas fueren contrarias a las pretensiones o defensas de la República, los fallos serán necesariamente consultados con el Superior competente (Art. 70).

Respecto al trámite en dicha Instancia, el mismo viene regulado de manera sencilla y abreviada en los Arts 191 al 193, destacándose que se admiten pruebas ante la superioridad, para lo cual se entiende abierto el lapso, automáticamente, con la admisión a trámite ante el Superior del Expediente y que deben ser evacuadas luego de admitidas en el corto plazo de cinco días hábiles.

Vencido el término de evacuación de las pruebas ante el Superior, se inicia el cómputo de los diez días hábiles para que tenga lugar la audiencia "oral" para los informes y a renglón seguido deberá dictarse el fallo dentro de los treinta días siguientes continuos.

V. DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO Y A LAS DEMANDAS CONTRA LOS ENTES ESTATALES AGRARIOS

La LTDA establece normas comunes a los dos procedimientos generales del Contencioso, y así dispone:

En torno a la *Perención de la Instancia,*[33] que la misma procede de oficio o a instancia de parte, por el transcurso de seis (6) meses sin que se haya producido ningún acto de impulso procesal por la parte actora, dejando a salvo que dicha inactividad sea imputable solo al Juez, luego de haberse fijado vistos en la causa, o habiéndose producido la paralización de la misma por causas no imputables a las partes, en cuyos casos no se producirá la perención.

Con lo dicho se pone fin igualmente a la injustificada pretensión de que no operaba la perención en supuestos en que el Estado tenía interés, o estaba comprometido el orden social.

Por lo que atiende a la *Caducidad de los Recursos contencioso administrativos (Art. 194)*, indistintamente del tipo de actos de que se trate, el plazo será de sesenta (60) días desde la fecha de su notificación al particular o de su publicación en la Gaceta Oficial Agraria.

Acotamos nosotros, que pareciera interpretarse de tal redacción, que definitivamente el lapso puede iniciarse, a partir de la publicación en la Gaceta Agraria, aún cuando pudiere ser de un acto de los que por trámite habitual se dispone su notificación directa.

Con el objeto de uniformar criterios, en materia de *Cómputo de lapsos (Art. 196)* se dispone que se entenderán como días continuos, los de calendario, sin que su computo sea alterado por feriados o no laborables, y salvo los de vacaciones judiciales, que en ningún caso serán computables.

1. Nuevo Recurso de Interpretación

Adicionalmente a las materias propias de esta competencia agraria, y ello por igual aplica a lo relacionado con el Contencioso, tal como se lo define en las materias que abarca, según lo antes expuesto, la Sala Especial Agraria de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, tiene la competencia especial, exclusiva y excluyente para conocer de los Recurso de Interpretación sobre el alcance o inteligencia de cualesquiera de las normas contenidas en la LTDA, tal como lo pauta ahora el Art. 173 "ejusdem"[34].

33. Art. 197 LTDA.

34. Es propicio destacar que conforme a la norma invocada, para poder interponer dicho Recurso de Interpretación, será menester que quien lo intente tenga interés inmediato y directo sobre el alcance e interpretación de la norma que suscita el requerimiento de interpretación, y que si se hubiere dictado un acto administrativo o verificado una actuación administrativa respecto a la situación concreta del peticionante, para el momento de la interposición del recurso, el mismo será declarado inadmisible.

Respecto al trámite del indicado Recurso de Interpretación, con evidente muestra de falta de técnica legislativa, en el Art. 174, separadamente, en lugar de haberlo hecho en un parágrafo o aparte del 173, se dispone que en tales supuestos, admitido el mismo, deberá notificarse tanto al Fiscal General de la República, como al Procurador e igualmente al órgano (sic. Representante del órgano) a quien se vincule la aplicación de la norma en concreto, con el objeto de que expresen su opinión sobre el asunto debatido, lo que harán en todo caso en un lapso de diez (10) días hábiles desde que conste la citación del último de los aludidos.

La Sentencia en todo caso deberá pronunciarse al concluir el expresado lapso, sin que sea necesaria, ninguna otra actuación.

2. Algunas consideraciones en torno a la Potestad de Conciliación en sede Contencioso Administrativa

De acuerdo a lo que dispone el Art. 168 LTDA, y no obstante el interés social y público en la materia agro alimentaria, el Juez Agrario, de oficio o a petición de parte, podrá acordar en cualquier estado y grado de la causa, la realización de una audiencia de conciliación para procurar con ello un mecanismo de solución alternativa del conflicto, dejando a salvo el previo cumplimiento de las formalidad y requisitos que la legislación exige para la homologación de acuerdos sobre interés publico.

Lo indicado termina también la polémica en torno a que sobre esta materia, y más cuando se trata de asuntos atinentes a órganos de la propia admnistración o temas vinculados propiamente a lo agroalimentario, si cabe Conciliación , como una vía alterna para obtener solución de los conflictos que ya cursan en Tribunales, para lo cual el Juez jugará importante posición como instador a la terminación del proceso ordinario y vigilantes de los intereses colectivos en juego, y siempre respetando que con lo resuelto no se atente contra la soberanía del Estado.

VI. CONCLUSIONES

1. Como se puede observar de lo expuesto, la LTDA ha procurado, a pesar de sus eventuales fallas y vacíos, un sistema uniforme y específico, para el Contencioso Administrativo Agro-alimentario, así como la puesta en funcionamiento de una Competencia especializada para su trámite, lo que debe generar una mejor y mas ágil justicia en dicho campo.

2. Las nuevas normas, constituyen a nuestro modo de ver un intento de sistematización que supera lo hasta ahora existente.

3. En torno a la normativa aplicable al procedimiento Contencioso Administrativo, es obvio que cederá ante la definitiva que regule toda la actividad, Ley esta que inclusive insta el propio Constituyente para que sea promulgada a la brevedad.

4. Hemos tenido noticia, de un proyecto de reforma general de la LTDA, en el cual se elimina todo lo relacionado con la Jurisdicción (sic. Competencia) especial Agraria, incluyendo el Contencioso Administrativo y el tramite judicial ordinario de lo Agrario, y en el que se deja previsto que a futuro, dentro del lapso que fija el mismo Proyecto, se dicte de nuevo una Ley para los Tribunales y Procedimientos Agrarios, sin que nada aluda al Contencioso.

Consideramos que ello será un nuevo atraso en la evolución del Derecho Adjetivo Agrario, y por igual un retroceso en el tramité del Contencioso Administrativo de esa misma índole, que complicará más la situación de los justiciables frente a los órganos encargados de ejecutar las reformas en el campo Agro-Alimentario.

Hasta ahora el aludido proyecto se mantiene en el más absoluto silencio, y sobre ello, como en otras materias, y es costumbre de las actuales autoridades Administrativas y Legislativas, el último enterado es el sector, y el gremio de Abogados.

LA TUTELA PROCESAL DEL ADMINISTRADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN[1].

POR ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO[2].

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la vigente Constitución de la República de 1999, uno de los denominados "valores superiores del ordenamiento jurídico" de Venezuela, como Estado democrático y social de derecho y de justicia, es decir, uno de sus principios fundamentales republicanos, viene dado por la preeminencia de los derechos humanos.

Lo anterior se encuentra reforzado por la enumeración de los fines esenciales del Estado, a que se contrae el artículo 3, donde se incluye la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y, en general, la garantía del cumplimiento de los derechos[3] reconocidos y consagrados en

---

1. Ponencia presentada en el II Congreso Venezolano de Estudios de Derecho Procesal "Constitución y proceso", homenaje al Dr. Leopoldo Márquez Añez, Invedepro, Maracay, Estado Aragua, noviembre de 2000, posteriormente revisada y actualizada.

2. *Abogado "Magna Cum Laude" y Especialista en Derecho Administrativo de la UCV; DEA en Derecho Público de la Universidad Robert Schuman, Francia; profesor de derecho constitucional (pregrado) y de contencioso tributario (postgrado) de la UCV; miembro de Invedepro y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.*

3. *El artículo 29 consagra la obligación de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos y la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar las violaciones graves de los derechos humanos. El artículo 139 conlleva la responsabilidad individual por violación de la Constitución, en ejercicio del Poder Público. El artículo 30 determina la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Y, el artículo 140 indica que habrá responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que los daños a los derechos de los particulares sean imputables al funcionamiento de la Administración Pública.*

la Constitución[4], en concordancia con el postulado del artículo 19, según el cual el Estado garantizará a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y concatenado ello al dispositivo del artículo 25, que sanciona con la nulidad a todo acto dictado en ejercicio del Poder Público (legislativo, ejecutivo, judicial u otro) que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley, y prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos que lo hayan ordenado o ejecutado.

Además, debe destacarse el trascendente contenido del artículo 7, referido al principio de supremacía de la Constitución, propio de un sistema constitucional rígido racional normativo[5], al disponer que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, por lo que el artículo 334 autoriza y ordena que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, los jueces (y los demás funcionarios públicos), de oficio o a petición de parte interesada, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad originariamente consagrado en el preclaro artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, apliquen preferentemente las disposiciones constitucionales. En esta perspectiva, según el artículo 335, el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

En este orden de ideas es evidente que, en lo que al sistema jurídico venezolano se refiere, adscribiéndose de ese modo a las más modernas tendencias del derecho constitucional general y comparado, la Constitución es una verdadera norma jurídica, directamente aplicable a los sujetos de derecho, con carácter preferente, capaz de incidir inmediatamente en la esfera jurídica subjetiva de las personas, desde un punto de vista activo y otro pasivo. En el aspecto activo, prevé una serie de derechos fundamentales que no requieren de ley reglamentaria alguna para su goce efectivo[6]. Y, en el ángulo pasivo, impide la interferencia restrictiva o lesiva de esos derechos, tanto la derivada de particulares, como -lo que es más importante a los efectos de este estudio- por parte de los órganos de las distintas ramas del poder público constituido[7], particularmente la Administración Pública.

---

4. *El artículo 22 prevé la cláusula del* "numerus apertus" *en la materia, al establecer: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos...".*

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

6. *Artículo 22: "...La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".*

7. *Artículo 7: "...Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".*

En definitiva, los derechos humanos fundamentales representan la parte dogmática o principista de la Constitución, que encuentra su origen en el derecho natural ("todo hombre nace libre e igual"), que no puede ser modificada ni siquiera por el poder constituyente originario, salvo para aumentarla o enriquecerla, y que en conjunto se identifica con la connotación amplia de la palabra libertad, en el omnicomprensivo y sintético alcance del dispositivo del artículo 20 del Texto Fundamental:

> "Toda persona tiene 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".

Ahora bien, la integralidad de cuanto precede es aplicable a todo administrado, dada su condición de persona humana, trátese obviamente de una persona natural, pero también de una persona jurídica, que no es más que una ficción legal, una forma organizativa de las personas naturales, exponencial de sus legítimas aspiraciones.

Así, se pretende rescatar a la persona humana del administrado, de la otrora vigente condición que se le atribuía de simple sujeto pasivo sumido en una relación de suprasubordinación frente al poder, objeto de actos unilaterales ejecutivos y ejecutorios emanados de la Administración Pública, para poner de manifiesto su dimensión de ser humano, cuya tutela de libertad indefectiblemente es y debe ser el norte de la organización estatal, por encima de cualquier otro fin, incluso de interés colectivo, por loable que sea.

En otras palabras, tratándose de la defensa de los derechos esenciales del administrado, es imperioso concentrarse en el ámbito procesal o adjetivo, garantía de goce de los derechos sustantivos fundamentales que se le reconocen a la persona humana en general y en su condición particular de administrado, para que el principio de supremacía de la Constitución se haga realidad en la concreción del principio de seguridad jurídica previsto en al artículo 299.

Nótese que se destaca la perspectiva ontológica de ser humano, como lo hemos hecho en diversos análisis jurídicos en los que evidenciamos este nuevo norte o paradigma libertario, y no la visión política de ciudadano, por dos razones: los derechos políticos, únicos privativos del ciudadano, no tienen pertinencia ni relevancia alguna a los efectos de este estudio; y, se puede ser administrado sin ser ciudadano, vale decir, nacional del Estado en ejercicio de la función administrativa, esto sin olvidar que hay administrados personas jurídicas y que los derechos fundamentales lo son del género humano, sin distingos de nacionalidad u otro, en virtud de los textos principistas de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos[8], dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[9], aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, ambas de 1948, y hasta de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos[10], adoptada por el Consejo Presidencial Andino, en 2002; y, muy particularmente, de los diversos tratados y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos[11], que conforman el "*ius cogens*" inmodificable, acorde con los términos de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados.

II. LOS DERECHOS HUMANOS PROCESALES DE LOS ADMINISTRADOS

La parte adjetiva o procesal de la dogmática principista constitucional aparece de suyo trascendente, pues representa la garantía real del goce efectivo de los derechos sustantivos esenciales, pero también de los mismos derechos procesales a ser presentados de seguidas, particularmente a través del derecho de amparo. Es decir, de la eficacia cierta de los remedios procesales, tanto administrativos como judiciales, depende que se esté o no dentro de un verdadero Estado de derecho.

1. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Según el artículo 26, toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, en condiciones de gratuidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y equidad y sin dilaciones ni formalismos inútiles, para hacer valer sus derechos e intereses,

---

8. *http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm*

9. *http://www.oas.org/SP/PROG/pg19-23.htm*

10. *http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/cart_DDHH.htm*

11. *Artículo 23: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".*

Donde destacan los siguientes entre otros, máxime por sus reconocimientos del debido proceso:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Gaceta Oficial Nro. 31.256 del 14 de junio de 1977 y http://www.oas.org/SP/PROG/pg29-58.htm), y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 2.146 del 28 de enero de 1978 y http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm).

incluso los colectivos o difusos, lograr su tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión correspondiente.

En cuanto a este derecho adjetivo se refiere, también llamado derecho a accionar, vista su complejidad, a continuación se analizan únicamente ciertas instituciones básicas del derecho procesal administrativo que le están relacionadas.

A. Proscripción del "solve et repete"

A pesar de que la Constitución no contenga alusión explícita alguna al tema del "*solve et repete*", es evidente que el legislador no podría válidamente implantarlo, como ilícitamente lo pretende el actual proyecto de Código Orgánico Tributario elaborado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat).

En efecto, la contra-regla "paga para poder reclamar" (antes prevista en temas pecuniarios sancionatorios y tributarios) implica un entrabamiento grave del derecho de acceso a la justicia, que muestra su inconstitucionalidad, como ya lo dejó sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa y de los tribunales de lo contencioso administrativo y tributario.

Así, en sentencia de fecha 14 de agosto de 1990 (caso School Venezolana, C.A.), La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia estableció, en referencia al "*solve et repete*", que:

> "Se revela, en efecto, el principio como una indebida restricción legal al derecho constitucional de la defensa, consagrado en el Artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, porque eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos...".
>
> "...Este Supremo Tribunal, en Sala Político-Administrativa, reconoce expresamente -y así lo declara formalmente- la preferente aplicación del artículo 68 de la Constitución sobre los artículos 137 de la Ley Orgánica de Aduanas y 462 de su Reglamento; textos -legal y reglamentario- que, en cuanto condiciona económicamente el acceso de los particulares al Poder Judicial constituyen una violación flagrante del Derecho a la Defensa, garantizado por la transcrita norma constitucional. En virtud de lo cual, se abstiene la Sala de aplicar los señalados artículos al caso de autos, y así lo declara igualmente".

B. El agotamiento de la vía administrativa

Sólo la obligatoriedad de agotar la vía administrativa podría ser un requerimiento de admisibilidad de la acción judicial, en el derecho procesal administrativo general (pues en el ámbito procesal tributario no existe), en virtud del conocido principio de auto-tutela administrativa, pero siempre que ello sea con su nueva visión de medio alternativo concordado de solución de conflictos jurídico-administrativos y no como herramienta de entorpecimiento de la defensa, estando ello debidamente establecido por ley y con arreglo a la necesaria proporcionalidad. Un máximo de dos recursos administrativos ordinarios, uno de reconsideración y otro jerárquico, con lapsos breves de caducidad de ejercicio de quince (15) días hábiles y términos perentorios de respuesta, de quince (15) y noventa (90) días hábiles respectivamente, como la actual Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta adecuado.

No obstante, se descolla la tendencia en el derecho procesal administrativo comparado a eliminar, por inútil, el agotamiento previo de la vía administrativa, como ocurre en nuestro derecho procesal tributario, dejando su empleo al libre diseño de la estrategia impugnatoria del contribuyente. Otro tanto ocurre en el ámbito del amparo tanto cautelar como autónomo, contra actos administrativos de efectos particulares.

C. El silencio administrativo

Tampoco consagra nada expreso la Constitución sobre el silencio administrativo. Sin embargo, es evidente que el legislador no podría obligar al administrado a esperar indefinidamente el pronunciamiento de algún proveimiento administrativo, por lo que debe darle un carácter bien sea positivo, en resguardo de derechos sustantivos esenciales; o, negativo, para asegurar el ejercicio efectivo de derechos adjetivos o procesales fundamentales, sin menoscabo del acceso a la justicia, en la vía contenciosa.

D. Intereses difusos y colectivos

Finalmente, conviene resaltar que la tradicional jurisprudencia del país, sobre la inadmisibilidad de las acciones judiciales para la defensa de intereses colectivos o difusos, por ejemplo en los ámbitos vecinales, de consumidores, de prestatarios de servicios públicos o de la salvaguarda ambiental, doctrina que establecía el monopolio del Ministerio Público en la materia, ha sido erradicada por el constituyente al consagrar expresamente el acceso a la justicia a esos fines, en el citado artículo 26, y al prever la intervención del Defensor del Pueblo en los artículos 280 y 281, numeral 2.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la participación

El artículo 334, a título de obligación constitucional, exige a todos los jueces que, en el ámbito de sus competencias, aseguren la integridad de la Constitución, donde se debe destacar la parte dogmática o principista y, muy especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Siguiendo al artículo 49, el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, por lo que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso, teniendo la persona interesada (el administrado) derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, a acceder a las pruebas y a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para ejercer su defensa (numeral 1).

En concordancia con este derecho y en cuanto concierne a las actuaciones administrativas, conviene destacar el principio de participación, como fundamento de la Administración Pública, contenido en el artículo 141. De hecho, en la actualidad, en derecho constitucional general y comparado se habla del derecho a la participación en los procedimientos administrativos formativos de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídica subjetiva del interesado, que en nuestro medio se ha presentado simplistamente como el principio del contradictorio ("*audire alteram partem*").

Se trata pues de un postulado fundamental que no debe faltar en la sede administrativa, asistamos a peticiones, denuncias o inspecciones, fiscalizaciones e investigaciones "*ex oficio*", etc.

Se debe pues poder participar en la fase de formación del acto administrativo o procedimiento administrativo de primer grado, para poder influir en la decisión contentiva de la voluntad administrativa. Así, la prescindencia del levantamiento y notificación del acta con las imputaciones concretas que se hagan al administrado, vicia de nulidad absoluta dicho acto administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Claro está que la Constitución nada dice sobre acta alguna, empero, al asegurar la participación en el procedimiento administrativo, es obvio que está presuponiendo no sólo la participación del inicio del procedimiento (artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), sino también la notificación preliminar al interesado de la orientación del querer administrativo, para que esté en capacidad de incidir en su contenido definitivo, y ello sólo se logra con el método de acta previa.

Es en ese sentido que el artículo 420 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone, mandatoriamente, que:

> "La multa que no sea aplicada por los Tribunales, se impondrá en virtud de resolución motivada que dicte el funcionario autorizado para imponerla, previo levantamiento de acta donde se harán constar específicamente todos los hechos relacionados con la infracción, acta que debe firmar, según el caso, el funcionario y el contraventor, o el jefe o encargado del establecimiento u oficina. La resolución se notificará al multado, pasándosele copia de ella, junto con la correspondiente Planilla de Liquidación, a fin de que consigne el monto de la multa en la Oficina del Tesoro en el lapso señalado en la Planilla, más el término de distancia ordinario".

Igualmente, el Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, contenido en el Decreto Nro. 3.232 del 20 de enero de 1999, expresa en sus artículos 18 y 21, lo siguiente:

> Artículo 18: "De cada inspección se levantará un acta general que firmarán la persona autorizada por la empresa para representarla ante la Superintendencia de Seguros y el funcionario o funcionarios actuantes. Esta acta se levantará en un libro encuadernado, empastado y foliado que las personas sujetas al control de la Superintendencia de Seguros deberán presentar a ésta, a fin de que se deje constancia del uso a que se destine y el número de folios que contiene, estampándose en cada uno de estos el sello de la Superintendencia de Seguros.
>
> En el acta se dejará constancia de lo siguiente: ... Irregularidades o infracciones observadas a juicio de los inspectores; ...".
>
> Artículo 21: "Los funcionarios designados para practicar inspecciones en las personas sujetas al control, vigilancia y supervisión de la superintendencia de Seguros dejarán constancia de las irregularidades o infracciones observadas mediante un acta especial que levantarán en tres (3) originales, en la cual se indicará las irregularidades o infracciones observadas y el lapso de que dispone la persona inspeccionada para formular sus observaciones. Dicha acta deberá ser notificada a la persona natural inspeccionada o a alguna de las personas que representen a la empresa ante la Superintendencia de Seguros. Si el inspeccionado se negare a darse por notificado, el acta especial le será enviada por correo certificado con aviso de recibo...".

Y, por último, el artículo 183 del Código Orgánico Tributario ordena el levantamiento de un acta, que se notificará al contribuyente, como preliminar

dentro del procedimiento administrativo de fiscalización y determinación tributaria o de persecución de infracciones.

En definitiva, tal acta, en estos casos citados o en otros, marca el inicio de un periodo durante el cual el interesado puede presentar alegatos en su defensa capaces de producir la revocatoria del reparo impositivo o que provocarían eventualmente la no imposición de la sanción, según los casos, en virtud de la no ocurrencia real de infracción administrativa alguna o, al menos, la demostración de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal administrativa.

Es por cuanto precede que la política de la Superintendencia de Seguros, de sancionar a las empresas aseguradoras sin antes haberles hecho imputaciones motivadas concretas en un acta, resulta ilegal. Pero también era inconstitucional, por afectar el derecho al debido proceso y a la defensa, la norma del parágrafo primero del artículo 149 del Código Orgánico Tributario de 1994, que permitía omitir el levantamiento del acta en supuestos de sanciones por incumplimiento de deberes formales, entre otros. Afortunadamente, esta anómala situación legislativa fue corregida en el Código Orgánico Tributario de 2001

El derecho a la participación conlleva la constitucionalización del acta preliminar u otro método que facilite la intervención del administrado, en fase de formación y no de mera impugnación.

En otro orden de ideas, tampoco puede estar ausente el debido proceso de la sede judicial, donde el artículo 257 consagra lo que podría denominarse el derecho a la supresión o a la prescindencia de formalidades no esenciales para el logro de la justicia. Esto es aplicable en casos de acciones de inconstitucionalidad contra leyes administrativas[12], recursos de interpretación de leyes administrativas[13], recursos contencioso administrativos de nulidad contra actos reglamentarios o actos administrativos de efectos generales[14], recursos contencioso administrativos contra actos administrativos de efectos particulares, acciones por abstención o carencia, amparos o demandas contra entes públicos por daños derivados de la actuación de las administraciones públicas, todas estas acciones judiciales asociadas o no a peticiones de medidas cautelares o de empleo del control difuso de constitucionalidad[15].

---

12. *Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (artículos 266, numeral 1, 334 y 336, numerales 1, 2 y 3).*

13. *Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (artículo 266, numeral 6).*

14. *Competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa (artículo 266, numeral 5).*

15. *Artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.*

Asimismo, 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 (numeral 3), así como a ser juzgada por sus jueces naturales (numeral 4). En este sentido, el Ministerio Público, según lo pauta el artículo 285, debe garantizar en los procesos judiciales - cualquiera de ellos- el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República (numeral 1), concretamente la celeridad, la buena marcha y el debido proceso (numeral 2).

Ahora bien, en referencia especial a la justicia administrativa y visto el singular carácter subjetivo (por no limitarse al control de legalidad sino abarcar preponderantemente la salvaguarda de las esferas jurídicas subjetivas de los recurrentes), que la moderna doctrina nacional y comparada ha venido atribuyendo a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, es menester tener presente el contenido del artículo 259, que explícitamente confía a esos tribunales facultades para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, dentro de lo que se incluye por razones obvias el ejercicio ex oficio o a petición de parte del poder cautelar general, fines estos que pueden ser todos materia de pretensión procesal por parte de los administrados.

El juez venezolano de lo contencioso administrativo no es un simple juez de la anulación, puesto que goza de amplios poderes restablecedores que lo asemejan al juez francés administrativo de la plena jurisdicción. Empero, es obvio que el empleo de sus facultades otras que la de la anulación dependerá del extendido explícito de la (s) pretensión (es) plasmada (s) por el recurrente en su libelo.

Por último, conviene precisar la vinculación entre los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, con la norma del artículo 26, ya citada, que consagra el derecho de acceso a la justicia "sin dilaciones inútiles", pues de nada sirve que se reconozcan amplios poderes al juez, si este no los ejerce o lo hace con desmedido retardo. Los juicios administrativos y tributarios en Venezuela suelen entrar en estado de sentencia en un promedio de diez meses, para luego tomar aproximadamente tres, cuatro o más años en producir el fallo definitivo de primera instancia. Una justicia que se mide en años es una injusticia.

3. El derecho a los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos

Aunado al ya comentado derecho a la tutela judicial efectiva, se observa que el artículo 141, como uno de los principios esenciales que deben fundamentar a la Administración Pública, incluye el principio de eficiencia administrativa, el cual, sin duda está vinculado al logro de los fines administrativos y por tanto a los aspectos sustantivos.

No obstante, no debe perderse de vista que este principio de eficiencia administrativa ha sido puesto de relieve por los procesalistas administrativistas y tributaristas, con el objeto de explicar el por qué de la procedencia en la materia del derecho público, concretamente del derecho administrativo y del derecho tributario, de los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos, particularmente de la transacción y del arbitraje, pero también del previamente reevaluado agotamiento previo de la vía administrativa.

En ese orden de cosas, el artículo 258 ordena al legislador promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros medios para la solución de conflictos, lo que no está exclusivamente referido a los asuntos de carácter privado.

De este modo, podría pensarse en la inconstitucionalidad de las normas del Código Orgánico Tributario que, no obstante permitir la transacción y, en consecuencia, el arbitraje en la materia, lo condicionan tanto (cuestiones de hecho, sede judicial, formalismos administrativos) que en realidad terminan por excluirlo en la práctica.

4. El derecho de amparo

La acción extraordinaria de amparo está consagrada en el artículo 27, al indicar que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en tratados internacionales, debiendo el proceso ser oral, público, breve, gratuito, preferente y no sujeto a formalismos ni dilaciones, y teniendo el juez potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Cada vez más, dadas la arbitrariedad que ha venido caracterizando la actuación de las administraciones públicas, la toma de consciencia de los

administrados en cuanto se refiere a la defensa de sus derechos e intereses (tanto personales, legítimos y directos, como colectivos o difusos), y también la lentitud con que se presentan las decisiones definitivas en los recursos contencioso administrativos, se ha venido generalizando el empleo de la vía judicial extraordinaria y expedita del amparo, cautelar y/o autónomo.

5. El derecho de amparo internacional

Conforme con el artículo 31, toda persona tiene derecho a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, debiendo el Estado cumplir las decisiones emanadas de tales órganos, como lo son, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

6. El derecho a la presunción de inocencia

Para el artículo 49, numeral 2,

"Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario".

En consecuencia, mal puede el legislador, sin menoscabo de este derecho humano fundamental, consagrar presunciones de culpabilidad, admitan o no prueba en contrario, como lo hace el artículo 94 del Código Orgánico Tributario, al presumir la defraudación en ciertos casos. Igualmente, en ausencia de plena prueba sustanciada conforme a los principios de oficialidad, de investigación de la verdad real e "*in dubio pro administrado*", que ilustran al procedimiento administrativo, mal podría esgrimirse el principio de presunción de veracidad o legitimidad de los actos administrativos, condicionadamente establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por razones de competencia y forma, en contra del superior principio de presunción de inocencia.

7. El derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de su competencia, y de obtener oportuna y adecuada respuesta, es lo pautado por el

artículo 51[16]. Este derecho se incluye dentro de los derechos adjetivos o procesales, por implicar su ejercicio el inicio de un procedimiento administrativo, con las infaltables garantías del debido proceso.

8. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos, que por lo demás significan el corolario del derecho a la participación en la toma de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídica subjetiva del interesado, se toman como derechos adjetivos o procesales, por cuanto en la mayoría de los casos su ejercicio está vinculado al inicio y/o al curso o seguimiento y sustanciación de un procedimiento administrativo.

Dentro del espíritu, propósito y razón del artículo 141, que consagra el principio de transparencia como fundamento de la Administración Pública, toda persona tiene el derecho -preceptúa el artículo 28- de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

Igualmente, se podrá acceder a los documentos que contengan información de interés para grupos de personas, como lo son los registros y demás datos vinculados a sectores como aseguradores, instituciones financieras, contribuyentes especiales, etc., máxime cuando expresamente, como se destacó anteriormente, se prevé la tutela de los intereses difusos y colectivos.

En el mismo orden de ideas, el artículo 143 dispone que todos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Además, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, salvo únicamente los casos de seguridad del Estado, investigación criminal y salvaguarda de la intimidad de la vida privada.

---

16. Se pone de manifiesto la importancia que podría tener en esta materia de la protección del contribuyente en nuestro país, el ejercicio del derecho de petición ante la Defensoría del Pueblo, conforme a los artículos 280 y 281, numeral 1, que le acuerdan la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, debiendo velar por su respeto, investigando de oficio o mediando denuncia de parte interesada.

De este modo, se ha constitucionalizado plenamente la obligación de que las administraciones públicas lleven expedientes administrativos, garantizándose el acceso a los mismos de todos los interesados, en los términos y modalidades de unidad, integridad, orden cronológico y foliatura previstos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Código Orgánico Tributario, para el aseguramiento del ejercicio eficaz del derecho a la defensa.

III. CONCLUSIONES

1.- Los derechos humanos fundamentales, de carácter adjetivo o procesal, de los administrados, reconocidos por la Constitución de 1999, en esencia no son distintos ni tampoco más que los consagrados por la Constitución de 1961, pues ella también contenía la cláusula del "*numerus apertus*", y bajo su vigencia se ratificaron tratados internacionales en la materia.

2.- Empero, se ha experimentado una mayor explicitación de esos derechos humanos y de una serie de principios de organización administrativa y judicial que ya estaban en el denominado bloque de constitucionalidad en las fuentes del derecho, gracias a contundentes y preclaros aportes doctrinales y jurisprudenciales, nacionales y comparados, que al estar ahora consagrados en el propio texto racional normativo, revalorizan la seguridad jurídica de la persona humana.

3.- Al momento de pretender la tutela judicial de la esfera jurídica subjetiva del administrado, sea que se impugne la conformidad a derecho de actos legislativos o administrativos, o que se persiga el restablecimiento de dicha esfera afectada o la prevención del daño, se deberá considerar plenamente la dogmática constitucional, trátese del ejercicio de una acción de inconstitucionalidad, de un recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos reglamentarios o de efectos particulares, de una acción por carencia, de una demanda de reparación, de una acción de amparo, etc.

4.- Frente a la generalizada arbitrariedad administrativa y mientras no se cuente con una justicia ordinaria eficaz y efectiva, en condiciones temporales, será menester acudir recurrentemente a la vía extraordinaria de la acción de amparo, para la mejor tutela de los derechos constitucionales, que ya ha venido en líneas generales probando su utilidad con la expedita respuesta judicial.

5.- Los jueces, asumiendo plenamente su rol de hacedores de justicia, habrán de emplear frecuente y sistemáticamente, incluso ex oficio, el control difuso de la constitucionalidad e instrumentalizar el poder cautelar general.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO JUAREZ, JOSÉ, *"Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo"*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1996.

ARAUJO JUAREZ, JOSÉ, *"Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal"*, FUNEDA, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

BERTOLINO, PEDRO J., *"Acerca del derecho al proceso"*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Nro. 1, 2002.

BLANCO-URIBE QUINTERO, ALBERTO, *"Las pruebas en el procedimiento administrativo tributario"*, FUNEDA, Caracas, 1997.

BLANCO-URIBE QUINTERO, ALBERTO, *"Posibilidades arbitrales en el ámbito tributario"*, Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal, Nro. 1, Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (Invedepro), Editorial Livrosca, enero-junio 1999, pp. 217 a 252.

BLANCO-URIBE QUINTERO, ALBERTO JOSÉ, *"Los derechos del contribuyente en la constitución de 1999"*, V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario "Aspectos tributarios en la Constitución de 1999", Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Livrosca, Caracas, 2000.

BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *"Consideraciones sobre el contencioso administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración"*, Revista Derecho Público, Nº 49, 1992.

FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *"El derecho a un juicio justo"*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro. 80, U.C.V., Caracas, 1991.

FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *"Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva"*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, *"El derecho a la tutela judicial efectiva"*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990.

FRAGA PITTALUGA, LUÍS, *"Los recursos tributarios. El efecto suspensivo y las medidas cautelares"*. FUNEDA, Caracas, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *"Hacia una reconstrucción de la justicia administrativa. El problema de los derechos reaccionales y la subjetivización de los recursos llamados objetivos"*, Revista Derecho Público, Nº 27, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *"Hacia una nueva justicia administrativa"*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

GELSI BIDART, ADOLFO, *"Algunos conceptos procesales relacionados con el Fisco"*, en Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *"El derecho a la tutela jurisdiccional"*, segunda edición, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1989.

RUAN SANTOS, GABRIEL, *"Nueva dimensión del derecho tributario por aplicación directa de la Constitución. Aspectos sustantivos y adjetivos"*, en *"La Administración Tributaria y los derechos de los contribuyentes"*, Libro Homenaje a la Memoria de Ilse van der Velde, FUNEDA, Caracas, 1998.

SHAW, JOSÉ LUÍS, *"Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria"*, en Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

EL PARALELISMO ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO Y EL CONSTITUCIONALISMO DE CÁDIZ

(o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)*

POR ALLAN R.BREWER-CARÍAS

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. 1. *Los principios del constitucionalismo moderno.* 2 *Los principios del constitucionalismo de Cádiz.* I. LA REVOLUCIÓN DE CARACAS DE 1810 Y LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO. 1. *Antecedentes del proceso constituyente del Estado venezolano.* A. *Los cambios políticos de comienzos del Siglo XIX.* B. *La difusión en América de los principios de la Revolución francesa.* C. *Los motivos del inicio del proceso constituyente en la Provincia de Venezuela.* 2. *El golpe de Estado del 19 de abril de 1810 y la Junta Suprema de Venezuela Conservadora de los Derechos de Fernando VII.* 3. *La revolución en las otras Provincias de la Capitanía General de Venezuela.* 4. *El Congreso General de Venezuela de 1811.* II. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE DICIEMBRE DE 1811. 1. *El "Plan de Gobierno" de la Provincia de Barinas de 26-3-1811.* 2. *La "Constitución Provisional de la Provincia de Mérida" de 31-7-1811.* 3. *El "Plan de Constitución Provisional Gubernativo de la Provincia de Trujillo" de 2-9-1811.* III. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS DE

---

* Ponencia presentada al I SIMPOSIO INTERNACIONAL, *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino.* Unión Latina, Centro de Estudios Constitucionales 1812, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Histórica Tavera, Cádiz España, 24 al 27 de abril de 2002.

VENEZUELA DE 1811 Y LAS BASES DEL CONSTITUCIONALISMO. 1. *Contenido general de la Constitución de 1811.* A. *Bases del Pacto Federativo (Título Preliminar).* a. *La Confederación de las Provincias.* b. *El principio de la separación de poderes.* B. *La religión católica (Capítulo I).* C. *El Poder Legislativo (Capítulo II).* D. *El Poder Ejecutivo (Capítulo III).* E. *El Poder Judicial (Capítulo IV).* F. *Las Provincias (Capítulo V).* G. *La rigidez constitucional (Capítulos VI y VII).* H. *Los Derechos del Hombre (Capítulo VIII).* I. *Disposiciones generales (Capítulo IX).* J. *La supremacía constitucional.* 2. *Los principios del constitucionalismo moderno en la Constitución de Venezuela de 1811 y la influencia francesa y norteamericana.* A. *La idea de Constitución.* B. *La democracia, el republicanismo y la soberanía del pueblo.* C *La distribución vertical de los poderes del Estado.* a. *El Estado federal, la descentralización política y el gobierno local del constitucionalismo americano.* b. *Los principios de la organización territorial del Estado del constitucionalismo revolucionario francés.* D. *El principio de la separación de poderes.* a. *El balance entre los poderes y el sistema presidencialista de gobierno del constitucionalismo norteamericano.* b. *El principio de la separación de poderes en el constitucionalismo francés.* c. *El principio de la supremacía de la Ley del constitucionalismo francés.* d. *El papel del Poder Judicial y el control de la constitucionalidad de las leyes del constitucionalismo norteamericano.* E. *La declaración de los derechos y libertades fundamentales.* IV. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE DICIEMBRE DE 1811. 1. *La "Constitución Fundamental de la República de Barcelona Colombiana" de 12-1-1812.* 2. *La "Constitución para el gobierno y administración interior de la Provincia de Caracas" del 31-1-1812.* CONCLUSIÓN: LAS VICISITUDES CONSTITUCIONALES DURANTE LAS GUERRAS DE INDEPENDENCIA EN VENEZUELA A PARTIR DE 1812 Y LA AUSENCIA DE INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN EL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO.

INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Los sucesos que llevaron a la sanción tanto de la "Constitución Federal para los Estados de Venezuela" de 1811 como de la "Constitución de la Monarquía Española" de Cádiz de 1812, ocurrieron 22 años después de la Revolución Francesa y 35 años después de la Revolución Americana; acontecimientos que

pueden considerarse como los más importantes del mundo moderno, al transformar radicalmente el orden político constitucional imperante del antiguo régimen.

Dichos acontecimientos, por supuesto, tuvieron una enorme importancia tanto para Venezuela como para España, pues sus instituciones fueron las primeras en recibir las influencias de los mismos y de sus consecuencias constitucionales. Esas influencias se recibieron en forma paralela, cuando los próceres de la Independencia de Venezuela se encontraban en la tarea de elaborar las bases de un nuevo sistema jurídico-estatal para un nuevo Estado independiente, que era el segundo en su género en la historia política del mundo moderno después de los Estados Unidos de Norte América; y cuando los constituyentes de Cádiz llevaban a cabo la tarea de transformar una Monarquía absoluta en una Monarquía parlamentaria constitucional, lo que antes había ocurrido como consecuencia de la Revolución Francesa.

Tanto en España como Venezuela, por tanto, puede decirse que formularon sus instituciones bajo la influencia directa y los aportes al constitucionalismo de aquellas dos revoluciones[1], pero en Venezuela ello ocurrió incluso, antes de que se operaran los cambios constitucionales en España.

Ello, ciertamente, se configura como un hecho único en América Latina, pues al contrario, la mayoría de las antiguas Colonias españolas que lograron su independencia después de 1811 y, sobre todo, entre 1820 y 1830, recibieron las influencias del naciente constitucionalismo español plasmado en la Constitución de Cádiz de 1812[2]. Ello no ocurrió en el caso de Venezuela al formarse el Estado independiente, donde puede decirse que se construyó un nuevo Estado con un régimen constitucional moderno, mucho antes que el propio Estado español moderno.

1. Los principios del constitucionalismo moderno

Esos principios del constitucionalismo moderno que derivaron de las Revoluciones francesa y americana y que influyeron de una forma u otra entre

1. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno,* Caracas, 1991.

2. Véase por ejemplo, Jorge Mario García Laguardia, Carlos Meléndez Chaverri, Marina Volio, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1987),* San José, 1987; Manuel Ferrer Muñoz, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España,* UNAM México, 1993; Ernesto de la Torre Villas y Jorge Mario García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano,* UNAM, México 1976.

1810 y 1812 en los procesos constituyentes de Venezuela y de España, en resumen, fueron los siguientes:[3]

En *primer lugar*, la idea de la existencia de una Constitución como carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida, permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática, donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos.

Hasta ese momento, esta idea de Constitución no existía, y las Constituciones, a lo sumo, eran cartas otorgadas por los Monarcas a sus súbditos. La primera Constitución del mundo moderno, por tanto, después de las que adoptaron las antiguas colonias norteamericanas en 1776 fue la de los Estados Unidos de América de 1787, seguida de la de Francia de 1791. La tercera Constitución moderna, republicana, fue la de Venezuela de 1811; y la cuarta, la de la Monarquía parlamentaria de Cádiz de 1812.

En *segundo lugar*, de esos dos acontecimientos surgió también la idea política derivada del nuevo papel que a partir de esos momentos históricos se confirió al pueblo, es decir, el papel protagónico del pueblo en la constitucionalización de la organización del Estado. Con esas Revoluciones la Constitución comenzó a ser producto del pueblo, dejando de ser una mera emanación de un Monarca. Por ello, en los Estados Unidos de América, las Asambleas coloniales asumieron la soberanía, y en Francia, la soberanía se trasladó del Monarca al pueblo y a la Nación; y a través de la idea de la soberanía del pueblo, surgieron todas las bases de la democracia y el republicanismo.

Por ello, en España, la Junta Central Gubernativa del Reino estableció un régimen de elecciones para la formación de las Cortes de Cádiz en 1810 las cuales sancionaron la Constitución de 18 de marzo de 1812; y en Venezuela, la Junta Suprema conservadora de los derechos de Fernando VII constituida en 1810, entre los primeros actos constitucionales que adoptó, también estuvo la convocatoria a elecciones de un Congreso General con representantes de las Provincias que conformaban la antigua Capitanía General de Venezuela, cuyos diputados (de siete de las nueve Provincias), en representación del pueblo, sancionaron la Constitución de 21 de diciembre de 1811, luego de haber declarado solemnemente la Independencia el 5 de Julio del mismo año.

3. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre... op. cit.*, pp. 85 y ss. y 182 y ss.

En *tercer lugar*, de esos dos acontecimientos políticos resultó el reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que debían ser respetados por el Estado. La libertad se constituyó, con esos derechos como un freno al Estado y a sus poderes, produciéndose, asi, el fin del Estado absoluto e irresponsable. En esta forma, a las Declaraciones de Derechos que precedieron a las Constituciones de las Colonias norteamericanas al independizarse en 1776, siguieron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, y las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos del mismo año. La tercera de las declaraciones de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno, fue la Declaración de Derechos del Pueblo adoptada el 1° de julio de 1811 por la sección de Caracas del Congreso General de Venezuela, texto que meses después se recogió ampliado, en el Capítulo VII de la Constitución de diciembre de 1811.

En *cuarto lugar*, además, dentro de la misma línea de limitación al Poder Público para garantizar la libertad de los ciudadanos, las Revoluciones francesa y americana aportaron al constitucionalismo la idea fundamental de la separación de poderes. Esta se formuló, en primer lugar, en la Revolución americana, razón por la cual la estructura constitucional de los Estados Unidos se montó, en 1787 sobre la base de la separación orgánica de poderes. El principio, por supuesto, se recogió aún con mayor fuerza en el sistema constitucional que resultó del proceso revolucionario francés, donde se le agregaron como elementos adicionales, el principio de la supremacía del Legislador resultado de la consideración de la ley como expresión de voluntad general; y el de la prohibición a los jueces de interferir en cualquier forma en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas. La Constitución venezolana de diciembre de 1811, en esta forma, fue el tercer texto constitucional del mundo moderno, en establecer expresa y precisamente el principio de la separación de poderes, aun cuando más dentro de la línea del balance norteamericano que de la concepción extrema francesa; siendo la Constitución de Cádiz de 1812, la cuarta Constitución que adoptó el principio de separación de poderes, siguiendo más el esquema francés de la Monarquía parlamentaria.

En *quinto lugar*, de esos dos acontecimientos políticos puede decirse que resultaron los sistemas de gobierno que han dominado en el mundo moderno: el presidencialismo, producto de la Revolución americana; y el parlamentarismo, como sistema de gobierno que dominó en Europa después de la Revolución francesa, aplicado en las Monarquías parlamentarias. El

presidencialismo se instaló en Venezuela a partir de 1811, inicialmente como un ejecutivo triunviral, y luego unipersonal a partir de 1819; y el parlamentarismo se instauró en España en 1812.

En *sexto lugar*, las Revoluciones americana y francesa trastocaron la idea misma de la función de impartir justicia, la cual dejaría de ser administrada por el Monarca y comenzaría a ser impartida en nombre de la Nación por funcionarios independientes. Además, con motivo de los aportes de la Revolución americana, los jueces asumieron la función fundamental en el constitucionalismo moderno, de controlar la constitucionalidad de las leyes; es decir, la idea de que la Constitución, como norma suprema, tenía que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial. De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica, adquirió la Corte Suprema de Justicia. En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces, frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después que se originaría la consolidación de la justicia administrativa, que aún cuando separada del Poder Judicial, controlaría a la Administración; y sería doscientos años después que se establecería un control de constitucionalidad de las leyes a cargo del Consejo Constitucional, creado también fuera del Poder Judicial. Tanto en la Constitución de Venezuela de 1811 como en la Constitución de Cádiz de 1812 se reguló un Poder Judicial autónomo e independiente, habiéndose desarrollado en Venezuela a partir de 1858 un control judicial de la constitucionalidad de las leyes que sólo se instauró en España, efectivamente, a partir de 1978.

En *séptimo lugar*, de esos dos acontecimientos revolucionarios surgió una nueva organización territorial del Estado, antes desconocida. En efecto, frente a las Monarquías absolutas organizadas conforme al principio del centralismo político y a la falta de uniformismo político y administrativo, esas Revoluciones dieron origen a nuevas formas de organización territorial del Estado, antes desconocidas, que originaron, por una parte, el federalismo, particularmente derivado de la Revolución americana con sus bases esenciales de gobierno local, y por la otra, el municipalismo, originado particularmente como consecuencia de la Revolución francesa. Venezuela, así, fue el primer país del mundo, 1811, en seguir el esquema norteamericano y adoptar la forma federal en la organización del Estado, sobre la base de la división provincial colonial; y a la vez, fue el primer país del mundo, en 1812, en haber adoptado la organización territorial municipal que legó la Revolución francesa. En España, la división provincial siguió en parte la influencia de la división territorial departamental de la post Revolución francesa; y se adoptaron los principios del municipalismo que también derivaron de la Revolución francesa.

Estos siete principios o aportes que resultan de la Revolución americana y de la Revolución francesa significaron, por supuesto, un cambio radical en el constitucionalismo, producto de una transición que no fue lenta sino violenta, aún cuando desarrollada en circunstancias y situaciones distintas. De allí que, por supuesto, la contribución de la Revolución americana y de la Revolución francesa al derecho constitucional, aún en estas siete ideas comunes, hayan tenido raíces diferentes: en los Estados Unidos de Norte América se trataba de construir un Estado nuevo sobre la base de lo que eran antiguas Colonias inglesas, situadas muy lejos de la Metrópoli y de su Parlamento soberano, y que durante más de un siglo se habían desarrollado independientes entre sí, por sus propios medios y gozando de cierta autonomía. En el caso de Francia, en cambio, no se trataba de construir un nuevo Estado, sino dentro del mismo Estado unitario y centralizado, sustituir un sistema político constitucional monárquico, propio de una Monarquía absoluta, por un régimen totalmente distinto, de carácter constitucional y parlamentario, e incluso luego, republicano. Puede decirse que, *mutatis mutandi,* en Venezuela ocurrió un fenómeno político similar al de Norteamérica; y en España ocurrió también un fenómeno político similar al de Francia.

Ahora bien, no debe olvidarse que cuando se inició el proceso constituyente en Cádiz y en Venezuela, a partir de 1810, ya la República no existía en Francia, ni la Declaración de Derechos tenía rango constitucional, y la Revolución francesa había cesado. Después de la Revolución y del caos institucional que surgió de la misma, vino la dictadura napoleónica y la restauración de la Monarquía a partir de 1815, por lo que Francia continuó siendo un país con régimen monárquico durante buena parte del siglo XIX, hasta 1870.

2. Los principios del constitucionalismo de Cádiz

Por lo que respecta a España, los principios constitucionales que adoptaron las Cortes de Cádiz desde su instalación, el 24 de septiembre de 1810, y los que posteriormente se recogieron en el texto de la Constitución de 1812, sin duda, sentaron las bases del constitucionalismo español[4]. Ello fue así, incluso, a pesar de que la Constitución sólo hubiera tenido un período muy corto de vigencia,

4. El texto de la Constitución de 1812 y de los diversos Decretos de las Cortes de Cádiz los hemos consultado en *Constituciones Españolas y Extranjeras,* Tomo I, Ediciones de Jorge de Esteban, Taurus, Madrid 1977, pp. 73 y ss. *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz de 19 de marzo de 1812,* Prólogo de Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1999.

hasta su anulación en 1814[5] y de que en ese lapso de dos años, haya tenido una dificultosa o casi nula aplicación. La Constitución y los principios adoptados por las Cortes de Cádiz, además, como antes se dijo, sin duda, influyeron en el constitucionalismo de muchos países hispanoamericanos, independientemente de que en sus territorios hubiera podido haber tenido alguna aplicación, pues en general comenzaron sus procesos de independencia y de diseño constitucional, precisamente con posterioridad a la vigencia de la Constitución de Cádiz.

Dentro de los principios constitucionales adoptados por las Cortes de Cádiz que, como se dijo, recibieron la influencia de los que derivaron de la Revolución Francesa y de la Revolución de Independencia de Norteamérica, y contribuyeron a cristalizar la quiebra del antiguo Régimen en Europa, se destacan los siguientes:[6]

En *primer lugar,* el principio del constitucionalismo mismo, es decir, como hemos dicho, el del sometimiento de los órganos del Estado a una Ley Superior, precisamente la Constitución, como texto escrito y rígido, concebido como marco limitador del poder, producto de la soberanía nacional. Por ello, estimamos que el constitucionalismo se inició en España, precisamente con la Constitución de Cádiz y no con el Estatuto o Constitución de Bayona de 1808, la cual fue sólo una Carta otorgada por Napoleón luego de oída una Junta Nacional. La Constitución de Cádiz, en cambio fue emanación de la soberanía y concebida en forma muy rígida por los procedimientos para su reforma, con cláusulas de intangibilidad temporal y absoluta.

En *segundo lugar,* está precisamente el principio de la soberanía nacional, como poder supremo ubicado en la Nación, hacia la cual se trasladó la anterior soberanía del Monarca que caracterizó al Antiguo Régimen. Por eso, la Constitución sentó el principio de que "la soberanía reside esencialmente en la

5. En pleno proceso de configuración política de Venezuela y en plena guerra de independencia, el 11 de diciembre de 1813, España firmó el Tratado con Francia en el que se reconoció a Fernando VII como Rey, y éste, cinco meses después, el 4 de mayo de 1814 adoptó su célebre manifiesto sobre abrogación del Régimen Constitucional mediante el cual se restableció la autoridad absoluta del Monarca, declarando "nulos y de ningún valor ni efecto, ahora, ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás..., y se quitasen de en medio del tiempo" la Constitución y los actos y leyes dictados durante el período de gobierno constitucional. Véase en *Constituciones Españolas y Extranjeras, op. cit.,* pp. 125 y ss.

6. Véase en general, M. Artola (ed), *Las Cortes de Cádiz,* Madrid 1991; Rafael Jiménez Asensio, *Introducción a una historia del constitucionalismo español,* Valencia 1993; J.F. Merino Merchán, *Regímenes históricos españoles,* Tecnos, Madrid 1988; Jorge Mario García Laguardia "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812. Un aporte americano" en Jorge Mario García Laguardia, Carlos Meléndez Chaverri, Marina Volio, *La Constitución de Cádiz y su influencia..., op. cit.,* pp. 13 y ss.

Nación" (art. 3), de lo que derivó que el Rey tuviera, un poder delegado, y era Rey no sólo "por la gracia de Dios" sino "de la Constitución" (art. 173). Este principio de la soberanía nacional, en todo caso, apareció esbozado en el Decreto de las Cortes de Cádiz el día de su constitución, el 24 de septiembre de 1810, al disponer la atribución del Poder Ejecutivo al Consejo de Regencia, para lo cual se llamó a sus miembros a prestar el siguiente juramento ante las Cortes:

> ¿Reconocéis la soberanía de la nación representada por los diputados de estas Cortes generales y extraordinarias? ¿Juráis obedecer sus decretos, leyes y constitución que se establezca según los santos fines para que se han reunido, y mandar observarlos y hacerlos executar?[7]

En *tercer lugar,* el principio de la división de los poderes y su limitación, el cual se introdujo por primera vez en un texto constitucional en España, en la Constitución de Cádiz, al distribuir las potestades estatales así: la potestad de hacer las leyes se atribuyó a las Cortes con el Rey (art. 15); la potestad de hacer ejecutar las leyes, al Rey (art. 16); y la potestad de aplicar las leyes, a los tribunales (art. 17).

El principio de la separación de poderes, sin embargo, también había tenido su primera aplicación en el constitucionalismo español, en el Decreto de las Cortes de Cádiz del día de su constitución, el 24 de septiembre de 1810, el cual partió del supuesto de que no convenía "queden reunidos el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judiciario", declarando entonces que las propias Cortes, que venían de arrogarse la soberanía nacional, "se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión". En cuanto al Poder Ejecutivo, el mismo, en ausencia del Rey, se delegó al Consejo de Regencia; y en cuanto al Poder Judicial, las Cortes declararon que confirmaban "por ahora a todos los tribunales y justicias establecidas en el reino, para que continúen administrando justicia según las leyes".

En cuanto a las Cortes, estas se configuraron como un parlamento unicameral, con independencia respecto de los otros poderes del Estado, cuyos diputados eran inviolables por sus opiniones (art. 128), sin que el Rey las pudiera disolver. Las Cortes, además, eran autónomas en cuanto a dictar sus propias normas y reglamentos internos (art. 127).

En *cuarto lugar,* el principio de la representatividad, de manera que los diputados electos popularmente a las Cortes fueron "representantes de toda la Nación, nombrados por los ciudadanos" (art. 27). Se rompió, así, la configuración

7. Rafael Flaquer Martequi, "El Ejecutivo en la revolución liberal"; en M. Artola (ed), *Las Cortes de Cádiz, op. cit.,* p. 47.

estamental de la representación propia del Antiguo Régimen, conforme al cual se aseguraba la participación del clero, la nobleza y la burguesía, actuando cada estamento por separarlo, conforme a las instrucciones que recibían.

En *quinto lugar*, el principio del sufragio, consecuencia de la exigencia de la representación, lo que condujo a la incorporación en la Constitución, por primera vez en la historia de España, de un sistema de elecciones libres, con una regulación detallada del sistema electoral. Se estableció, para ello, un procedimiento electoral indirecto, en cuatro fases de elección de compromisarios de parroquias, de partido y de provincia; conforme al cual estos últimos elegían los diputados a Cortes. El sufragio fue limitado, reservado a los hombres y censitario respecto de los elegidos.

En *sexto lugar*, la previsión constitucional de derechos y libertades aún cuando en la Constitución no se incorporó una declaración de derechos del hombre y el ciudadano a la usanza de los antecedentes franceses de fines del Siglo XVIII. Sólo se reconocieron ciertas libertades vinculadas al debido proceso (art. 286, 287, 290, 291) y, además, la seguridad (art. 247), la igualdad ante la ley (art. 248), la inviolabilidad del domicilio (art. 306), la abolición del tormento como pena corporal (art. 303), la libertad de imprenta (art. 371) y el derecho de petición (art. 373).

En *séptimo lugar*, el principio de la organización territorial del poder, adoptándose la forma de Estado propia de lo que hoy sería un Estado Unitario descentralizado[8], conforme a la cual la Constitución reguló el gobierno de las provincias y pueblos mediante la creación de Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos. Estimamos que cuando el artículo 16 enumeró los ámbitos territoriales que comprendían el territorio español, tanto en la Península como en América septentrional y meridional, estaba enumerando las "provincias" las cuales, en cuanto a su gobierno interior, se regularon en los artículos 324 y siguientes de la Constitución. Allí se estableció que el gobierno político de las Provincias residía en un jefe superior nombrado por el Rey (art. 324); y que en cada una de ellas habría una Diputación llamada provincial para promover su prosperidad, presidida por el jefe superior (art. 325) e integrada por siete individuos elegidos (art. 326) por los mismos electores de partido que debían nombrar los diputados de Cortes (art. 328). Las provincias tenían amplias facultades atribuidas a las diputaciones (art. 335).

En cuanto al régimen local, la Constitución dispuso la existencia de ayuntamientos en los pueblos, para su gobierno interior, compuestos por alcaldes, regidores y el procurador síndico; todos electos (art. 312).

8. Véase Alfredo Gallego Anabitarte, "España 1812, Cádiz. Estado Unitario, en perspectiva histórica" en M. Artola (ed), *Las Cortes de Cádiz, op. cit.* p. 140 y ss.

En relación con la organización territorial, sin embargo, debe señalarse que la división provincial se había comenzado a concretar en España mediante el Decreto de las Cortes de 23 de mayo de 1812, con el cual se restablecieron en diversas partes del territorio, Diputaciones Provinciales, mientras se llegaba "el caso de hacerse la conveniente división del territorio español"[9]. En esta forma, al regular las Diputaciones Provinciales, lo que habían hecho era conservar la figura de las Juntas Provinciales que habían surgido al calor de la guerra de independencia frente a Francia, transformándolas en tales Diputaciones a las cuales se atribuyó el rol de representar el vínculo de unión intermedio entre los ayuntamientos y el gobierno central, asumiendo tales Diputaciones el control de tutela de aquellos (art. 323).

El esquema territorial de Cádiz, en todo caso fue efímero y sólo fue por Decreto de 22 de enero de 1822 cuando se intentó dar a la Provincia una concreción territorial definida, estableciéndose lo que puede considerarse como la primera división regular del territorio español, en cierto número de provincias. Fue luego, por Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, que se estableció en forma definitiva a la Provincia como circunscripción administrativa del Estado unitario español[10].

Estos principios del constitucionalismo moderno adoptados por el proceso constituyente de Cádiz, como se ha dicho, iniciaron en España el tránsito hacia el constitucionalismo e influyeron en el diseño constitucional de buena parte de los países latinoamericanos que declararon su independencia con posterioridad al funcionamiento de las Cortes de Cádiz.

Ello no ocurrió, sin embargo, en aquellos países como Venezuela, que declararon su independencia antes de la instalación de las Cortes de Cádiz, y con ello su incorporación a las corrientes del constitucionalismo moderno bajo la influencia directa de los mismos principios que surgieron de la Revolución francesa y de la Revolución de Independencia de Norteamérica, a finales del siglo XVIII.

---

9. Véase A. Posada, *Escritos Municipalistas y de la Vida Local,* IEAL, Madrid, 1979, p. 180; y *Evolución Legislativa del Régimen Local en España 1812-1909,* Madrid 1982, p. 69.

10. Véase Antonio María Calero Amor, *La División Provincial de 1833. Bases y Antecedentes,* IEAL, Madrid 1987; Luis Morell Ocaño, "Raíces históricas de la concepción constitucional de las Provincias", *Revista Española de Derecho Administrativo,* N° 42, Civitas, Madrid 1984, pp. 349 a 365.

I. LA REVOLUCIÓN DE CARACAS DE 1810 Y LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO

1. Antecedentes del proceso constituyente del Estado venezolano

Como se ha dicho, a diferencia de lo ocurrido en la mayoría de los países latinoamericanos en los cuales, de una manera u otra, la Constitución de Cádiz contribuyó a la formación del constitucionalismo; puede decirse que en Venezuela dicho texto no tuvo influencia alguna y su conocimiento, incluso, fue escasísimo. La razón fue que el constitucionalismo venezolano, montado también sobre la base de los antes indicados principios que derivaron de las Revoluciones americana y francesa, se comenzó a formular antes de la instalación de las Cortes de Cádiz y aún antes de que entrara en vigencia la Constitución de Cádiz.

En efecto, cinco meses antes de la instalación de las Cortes de Cádiz el 24 de septiembre de 1810, en Caracas, el 19 de abril de 1810, el Ayuntamiento de la capital de la Provincia de Venezuela había dado un golpe de Estado, iniciándose un proceso constituyente que concluyó con la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, dictada también, tres meses antes de la sanción de la Constitución de Cádiz el 18 de marzo de 1812.

Por ello, puede decirse que el constitucionalismo moderno se inició en América Latina, en unas de las Provincias más relegadas del Imperio Español, aquellas que sólo, en 1777, habían sido agrupadas en la Capitanía General de Venezuela. Hasta ese entonces habían sido Provincias aisladas sometidas, algunas, a la Audiencia de Santa Fe, en el Nuevo Reyno de Granada, y otras, a la Audiencia de Santo Domingo, en lo que había sido la Isla *La Hispagniola.* La revolución contra la monarquía española, en América, por tanto, puede decirse que no se inició en las capitales virreinales ni en las Provincias ilustradas del Nuevo Mundo, sino en una de las más pobres del Continente Americano, la Provincia de Caracas o Venezuela.

En todo caso, este proceso constituyente que se desarrolló en Venezuela, en paralelo con España tuvo en buena parte los mismos antecedentes.

A. Los cambios políticos de comienzos del Siglo XIX

Fernando VII había iniciado su reinado en España, con motivo de la abdicación de su padre, el Rey Carlos IV, lo que se produjo como

consecuencia de la rebelión de Madrid y Aranjuez del 18 de marzo de 1808, provocada por la presencia en la primera ciudad del ejército francés al mando de J. Murat, el Gran Duque de Berg.

Dicho ejército, había sido autorizado a pasar por España para someter a Portugal, después de que se produjeran convenios secretos acordados por Manuel Godoy, el Príncipe de la Paz y favorito de Carlos IV y de la Reina, con Napoleón. La reacción popular contra el favorito del reino y la oposición del Príncipe de Asturias (Fernando) al proyecto de huida de los Reyes a Cádiz e, incluso, a América, y el descubrimiento de la maniobra invasora de Napoleón, provocó la persecución de Godoy, la abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando y el destierro del primero[11].

En todo caso, unos años antes, para 1802 y durante el reinado de Carlos IV, la faz política del mundo ya había comenzado a cambiar. Carlos IV había iniciado su reinado a la muerte de su padre, el Rey Carlos III, el 14 de diciembre de 1788, dos años después de que se había creado la Real Audiencia de Caracas (1786), con la cual las Provincias de la Capitanía General de Venezuela estructurada en 1777 habían adquirido una completa integración.

Fue precisamente el inicio del reinado de Carlos IV, el que habría de coincidir con los dos acontecimientos políticos antes mencionados, de la mayor importancia en el mundo moderno, como fueron la Revolución americana y la Revolución francesa.

En efecto, un año antes, el 17 de septiembre de 1787, los Estados Unidos de América, independientes desde 1776, promulgaron la primera Constitución escrita en la historia constitucional, con la cual se comenzaron a sentar las bases del constitucionalismo moderno; y dos años después en 1789, se iniciaba la Revolución francesa que llevaría a la Asamblea Nacional a aprobar, el 27 de agosto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la primera de las declaraciones de derechos fundamentales del mundo moderno, después de las de las Colonias norteamericanas de 1776, recogida luego en la Constitución francesa de 1791, la primera Constitución escrita en la historia del constitucionalismo europeo.

El reinado de Carlos IV coincidió, por tanto, con la difusión masiva de ambos acontecimientos y sus secuelas políticas, lo que contribuyó al

11. Véase un recuento de los sucesos de marzo en Madrid y Aranjuez y todos los documentos concernientes a la abdicación de Carlos IV en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1983, Tomo II, pp. 91 a 153.

resquebrajamiento de los cimientos del mismo Estado Absoluto; y su penetración tanto en España como en las provincias americanas.

En efecto, en 1783, el mismo año en el cual nació Simón Bolívar, el Libertador, el Conde de Aranda, Ministro de Carlos III y Plenipotenciario para los ajustes entre España, Francia e Inglaterra, firmaba un Tratado que obligaba a Inglaterra a reconocer la Independencia de sus colonias en Norte América y, con tal motivo, se dirigió al Rey diciéndole que la firma de dicho Tratado había dejado en su alma "una impresión dolorosa", que se veía obligado a manifestársela, pues consideraba que el reconocimiento de la independencia de las Colonias Inglesas era "un motivo de temor y de pesar"; y agregaba:

> Esta República Federal ha nacido pigmea, por decirlo así y ha necesitado el apoyo de la fuerza de dos Estados tan poderosos como la España y la Francia para lograr su independencia. Tiempo vendrá en que llegará a ser gigante, y aún coloso muy temible en aquellas vastas regiones. Entonces ella olvidará los beneficios que recibió de ambas potencias y no pensará sino en engrandecerse. Su primer paso será apoderarse de las Floridas para dominar el Golfo de México. Estos temores son, Señor, demasiado fundados y habrán de realizarse dentro de pocos años si aún no ocurriesen otros más funestos en nuestras Américas[12].

Esos hechos "más funestos", precisamente, se sucedieron a los pocos años, y a ello contribuyeron, entre otras factores, los propios republicanos españoles que influyeron directamente en Venezuela.

B. La difusión en América de los principios de la Revolución francesa

En efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada por la Revolución francesa, había sido prohibida en América por el Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias en 1789[13]. Antes que conociera divulgación alguna en el Nuevo Mundo, en 1790, incluso los Virreyes del Perú, México y Santa Fe, así como el Presidente de Quito, alguna vez, y varias el Capitán General de Venezuela, habían participado a la Corona de Madrid:

> Que en la cabeza de los americanos comenzaban a fermentar principios de libertad e independencia peligrosísimos a la soberanía de España[14].

---

12. Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.* Tomo I, p.190.
13. Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España y el Ideario de la Independencia,* Caracas, 1978, p.13.
14. Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo I, p.177.

Y fue precisamente en la última década del siglo XVIII cuando comenzó a desparramarse por los ilustrados criollos el fermento revolucionario e independentista, a lo cual contribuyeron diversas traducciones de la prohibida Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entre las cuales debe destacarse la realizada por Antonio Nariño en Santa Fe de Bogotá, en 1792, que circuló en 1794[15], y que fue objeto de una famosísima causa en la cual fue condenado a diez años de presidio en África, a la confiscación de todos sus bienes y a extrañamiento perpetuo de la América, mandándose quemar por mano del verdugo el libro de donde había sacado los Derechos del Hombre[16].

Por esa misma época, el Secretario del Real y Supremo Consejo de Indias había dirigido una nota de fecha 7 de junio de 1793 al Capitán General de Venezuela, llamando su atención sobre los designios del Gobierno de Francia y de algunos revolucionarios franceses, como también de otros promovedores de la subversión en dominios de España en el Nuevo Mundo, que -decía-:

> Envían allí libros y papeles perjudiciales a la pureza de la religión, quietud pública y debida subordinación de las colonias[17].

Pero un hecho acaecido en España iba a tener una especial significación en todo este proceso: el 3 de febrero de 1796, día de San Blas, debía estallar en Madrid una conspiración planeada para establecer la República en sustitución de la Monarquía, al estilo de lo que había acontecido años antes en Francia. Los conjurados, capitaneados por Juan Bautista Mariano Picornell y Gomilla, mallorquín de Palma, fueron apresados la víspera de la Revolución. Conmutada la pena de muerte que recayó sobre ellos por intervención del Agente francés, se les condenó a reclusión perpetua en los Castillos de Puerto Cabello, Portobelo y Panamá, en tierras americanas[18]. La fortuna revolucionaria llevó a que de paso a sus destinos en esos "lugares malsanos de América"[19], los condenados fueran depositados en las mazmorras del Puerto de La Guaira, donde en 1797 se encontrarían de nuevo reunidos. Allí, los conjurados de San Blas, quienes se fugarían ese mismo año de 1797[20], entraron en contacto con los americanos de La Guaira, provocando la conspiración encabezada por Manuel Gual y José

15. *Idem.*, p. 286.
16. Véase los textos en *idem.*, pp. 257-259.
17. *Idem.*, p. 247.
18. Véase P. Grases, *op. cit.*, p. 20
19. *Idem*, pp. 14 y 17.
20. Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo I, p. 287; P. Grases, *op. cit.*, p. 26.

María España, de ese mismo año, considerada como "el intento de liberación más serio en Hispano América antes del de Miranda en 1806"[21].

Sin embargo, la Revolución fracasó, y habría de pasar otra década para que se iniciara la Revolución hispanoamericana. Pero el legado de esa conspiración fue un conjunto de papeles que habrían de tener la mayor influencia en el proceso constitucional de hispanoamérica, entre los que se destaca una obra sobre los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*, prohibida por la Real Audiencia de Caracas el 11 de diciembre de ese mismo año 1797, la cual la consideró como una obra que llevaba:

> ...toda su intención a corromper las costumbres y hacer odioso el real nombre de su majestad y su justo gobierno; que a fin de corromper las costumbres, siguen sus autores las reglas de ánimos cubiertos de una multitud de vicios, y desfigurados con varias apariencias de humanidad...[22].

El libro, con el título *Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas Republicanas y un Discurso Preliminar dirigido a los Americanos,* probablemente impreso en Guadalupe, en 1797, en realidad contenía una traducción de la Declaración francesa que procedió el Acta Constitucional de 1793[23]. Por tanto, no era una traducción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, incorporada a la Constitución Francesa de 1791, que era la que había sido la traducida por Nariño en Bogotá; sino de la Declaración del texto constitucional de 1793, mucho más amplio y violento pues correspondió a la época del Terror, constituyendo una invitación a la revolución activa[24].

Pues bien, este texto tiene una importancia capital, para el constitucionalismo de Venezuela, pues influyó directamente en la ordenación jurídica de la República, cuyo Congreso General en su sección de la Provincia de Caracas, después del proceso de independencia iniciado en 1810, aprobó solemnemente la "Declaración de Derechos del Pueblo" el 1° de julio de 1811[25], la cual, después de las declaraciones norteamericanas y de la francesa, puede considerarse como la tercera de las Declaraciones de derechos fundamentales

21. P. Grases, *op. cit.*, p. 27.
22. P. Grases, *op. cit.*, p. 30.
23. *Idem.*, pp. 37 y ss.
24. *Idem.*
25. Véase Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela,* Madrid, 1985, pp.175 y sigts. Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos Humanos en Venezuela. Casi 200 años de Historia,* Caracas, 1990, pp. 71 y ss.

en la historia del constitucionalismo moderno, recogida, notablemente ampliada, en la Constitución del 21 de diciembre del mismo año 1811[26].

Pero después de la conspiración de Gual y España, y declarada la guerra entre Inglaterra y España (1804), otro acontecimiento importante influiría también en la independencia de Venezuela, y fueron los desembarcos y proclamas de Francisco de Miranda en las costas de Venezuela (Puerto Cabello y Coro), en 1806, los que se han considerado como los más importantes acontecimientos relativos a la emancipación de América Latina antes de la abdicación de Carlos IV y los posteriores sucesos de Bayona[27]. Miranda, por ello, ha sido considerado como el Precursor de la Independencia del continente americo-colombiano, a cuyos pueblos dirigió sus proclamas independentistas basadas en la formación de una federación de Cabildos libres[28], lo cual luego se pondría en práctica, en Venezuela, entre 1810 y 1811.

C. Los motivos del inicio del proceso constituyente en la Provincia de Venezuela

Como hemos dicho, el proceso constituyente venezolano tuvo sus antecedentes en los mismos hechos que originaron el proceso constituyente de Cádiz, los cuales sin embargo, tuvieron repercusiones más graves, en América, entre otras cosas, por lo lento y difícil de las comunicaciones entre la Metrópolis y las provincias americanas. Un hecho inicial pone esto en evidencia: sólo fue el día 15 de julio de 1808 cuando el Ayuntamiento de Caracas abrió la Real Cédula del 20 de abril de ese mismo año, mediante la cual se comunicaba a la Provincia de Venezuela que el 18 de marzo de 1808, el Rey Fernando VII había accedido al trono.

Sin embargo, para el momento en el cual el Cabildo de Caracas se enteró de ese acontecimiento, muchas otras cosas ya habían sucedido en España, que hacían totalmente inútil la noticia inicial: el 1° de mayo de 1808, dos meses antes, ya Fernando VII había dejado de ser Rey por renuncia de la Corona, en su padre Carlos IV; y este ya había cedido a Napoleón sus derechos al Trono

26. Esas Declaraciones de derechos, que influyeron todo el proceso constitucional posterior, sin duda, como lo ha demostrado el Profesor Pedro Grases, tuvieron su principal base de redacción en el mencionado documento, traducción de Picornell, vinculado a la conspiración de Gual y España, principal promotor de la conspiración de San Blas. Véase, P. Grases, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

27. O.C. Stoetzer, *Las Raíces Escolásticas de la Emancipación de la América Española*, Madrid, 1982, p.252.

28. Francisco de Miranda, *Textos sobre la Independencia*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp.95 y ss., y 115 y ss.

de España y de las Indias, lo que había ocurrido el 5 de mayo de 1808. Incluso, una semana antes de recibir tan obsoleta noticia, ya José Napoleón, proclamándose "Rey de las Españas y de las Indias", había decretado la Constitución de Bayona, el 6 de julio de 1808.

No es de extrañar, por tanto, los efectos políticos que tuvieron en Venezuela las tardías noticias sobre las disputas políticas reales entre padre e hijo; sobre la abdicación forzosa del Trono provocada por la violencia de Napoleón, y sobre la ocupación del territorio español por los ejércitos del Emperador.

Desde el 25 de mayo de 1808, Napoleón también había nombrado al Gran Duque de Berg, como Lugar-teniente general del Reyno, y anunciaba a los españoles su misión de renovar la Monarquía y mejorar las instituciones, prometiendo, además, otorgarles:

> Una constitución que concilie la santa y saludable autoridad del soberano con las libertades y el privilegio del Pueblo[29].

Esa Constitución prometida, precisamente, iba a ser la de Bayona, la cual sin embargo, no dio estabilidad institucional alguna al Reino, pues antes de su otorgamiento, en el mes de mayo de 1808, ya España había iniciado su guerra de Independencia contra Francia, en la cual los Ayuntamientos tuvieron un papel protagónico al asumir la representación popular por fuerza de las iniciativas populares[30]. Por ello, a medida que se generalizó el alzamiento, en las villas y ciudades, se fueron constituyendo Juntas de Armamento y Defensa, encargadas de la suprema dirección de los asuntos locales y de sostener y organizar la resistencia frente a los franceses.

Esas Juntas, aun cuando constituidas por individuos nombrados por aclamación popular, tuvieron como programa común la defensa de la Monarquía simbolizada en la persona de Fernando VII, por lo que siempre obraron en nombre del Rey. Sin embargo, con ello puede decirse que se produjo una revolución política, al sustituirse el sistema absolutista de gobierno por un sistema municipal, popular y democrático, completamente autónomo[31]. La organización de tal gobierno provocó la estructuración de Juntas Municipales las cuales a la vez concurrieron, mediante delegados, a la formación de las Juntas Provinciales, las cuales representaron a los Municipios agrupados en un determinado territorio.

---

29 Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 154.

30. Véase A. Sacristán y Martínez, *Municipalidades de Castilla y León*, Madrid, 1981, p. 490.

31. *Cfr.* O. C. Stoetzer, *op. cit.*, p. 270.

El 17 de junio de 1808, por ejemplo, la Junta Suprema de Sevilla explicaba a los dominios españoles en América los "principales hechos que han motivado la creación de la Junta Suprema de Sevilla que en nombre de Fernando VII gobierna los reinos de Sevilla, Córdoba, Granada, Jaén, provincias de Extremadura, Castilla la Nueva y las demás que vayan sacudiendo el yugo del Emperador de los franceses"[32].

Pero, como antes se dijo, sólo fue un mes después, el 15 de julio de 1808, cuando en el Ayuntamiento de Caracas, se conoció formalmente, la Real Cédula de proclamación de Fernando VII[33]; y fue al día siguiente, el 16 de julio, que llegó al mismo Ayuntamiento la noticia de la renuncia de Fernando VII, de la cesión de los derechos de la Corona por parte de Carlos IV a Napoleón y del nombramiento del Lugar-teniente del Reino[34]. El correo para el conocimiento tardío de estas noticias, en todo caso, había correspondido a sendos emisarios franceses que habían llegado a Caracas, lo que contribuyó a agravar la incertidumbre.

Ante esas noticias, el Capitán General de Venezuela formuló la declaración solemne del 18 de julio de 1808, expresando que en virtud de que "ningún gobierno intruso e ilegítimo puede aniquilar la potestad legítima y verdadera... en nada se altera la forma de gobierno ni el Reinado del Señor Don Fernando VII en este Distrito"[35]. A ello se sumó, el 27 de julio, el Ayuntamiento de Caracas al expresar que "no reconocen ni reconocerán otra Soberanía que la suya (Fernando VII), y la de los legítimos sucesores de la Casa de Borbón"[36].

En esa misma fecha, el Capitán General se dirigió al Ayuntamiento de Caracas exhortándolo a que se erigiese en esta Ciudad "una Junta a ejemplo de la de Sevilla"[37], para cuyo efecto, el Ayuntamiento tomó conocimiento del acto

---

32. Véase el texto de la manifestación "de los principales hechos que han motivado la creación de la Junta Suprema de Sevilla que en nombre de Fernando VII gobierna los reinos de Sevilla, Córdoba, Granada, Jaén, provincias de Extremadura, Castilla la Nueva y las demás que vayan sacudiendo el yuyo del Emperador de los franceses" del 17 de junio de 1808 en J. F. Blanco R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 154-157.

33. *Idem.*, p. 127.

34. *Idem.*, p. 148.

35. *Idem.*, p. 169.

36. *Idem.*, p. 169.

37. *Idem.*, pp. 170-174. *Cf.* C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, Tomo I. pp. 311 y ss., y 318.

del establecimiento de aquélla[38] y acordó estudiar un "Prospecto" cuya redacción encomendó a dos de sus miembros, y que fue aprobado el 29 de julio de 1808, pasándolo para su aprobación al "Presidente, Gobernador y Capitán General"[39].

Este, sin embargo, nunca llegó a considerar la propuesta, incluso a pesar de la representación que el 22 de noviembre de 1808 le habían enviado las primeras notabilidades de Caracas designadas para tratar con él sobre "la formación y organización de la Junta Suprema". En dicha representación se constataba la instalación de Juntas con el nombre de Supremas en las capitales de las provincias de la Península, sobre las cuales se dijo:

> Ha descansado y descansa el noble empeño de la nación por la defensa de la religión, del rey, de la libertad e integridad del Estado, y estas mismas le sostendrán bajo la autoridad de la Soberana Central, cuya instalación se asegura haberse verificado. Las provincias de Venezuela no tienen ni menos lealtad ni menos ardor, valor ni constancia, que las de la España europea.

Por ello le expresaron que creían que era:

> De absoluta necesidad se lleve a efecto la resolución del Sr. Presidente, Gobernador y Capitán General comunicada al Ilustre Ayuntamiento, para la formación de una Junta Suprema, con subordinación a la Soberana de España que ejerza en esta ciudad la autoridad suprema, mientras regresa al trono nuestro amado rey Fernando VII[40].

A tal efecto, para "precaver todo motivo de inquietud y desorden" decidieron nombrar "representantes del pueblo" para que tratasen con el Presidente, Gobernador y Capitán General "de la organización y formación de la dicha Junta Suprema"[41]. Ante esto, el Presidente, Gobernador y Capitán, General Juan de Casas, quien desde el año anterior (1807) se había encargado del cargo a la muerte del titular, a pesar de que había manifestado sobre la conveniencia de la constitución de la Junta de Caracas, no sólo no accedió a la petición que se le formuló, sino que la consideró como un atentado contra el orden y seguridad públicas, por lo cual persiguió y juzgó a los peticionarios[42].

38. Véase el acta del Ayuntamiento del 28-7-1808 en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 171.

39. Véase el texto del prospecto y su aprobación de 29-7-1809, *Idem.*, pp. 172-174. *Cf.* C. Parra Pérez, *op. cit.*, p. 318.

40. Véase el texto, J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, pp. 179-180; *Cfr.* C. Parra Pérez, *op. cit.*, p. 133.

41. Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, pp. 179-180.

42. *Idem.*, pp. 180-181. *Cf.* L. A. Sucre, *Gobernadores y Capitanes Generales de Venezuela*, Caracas, 1694, pp. 312-313.

Se comenzó, así, a afianzar el sentimiento popular de que el gobierno de la Provincia era probonapartidista lo cual se achacó también al Mariscal de Campo, Vicente de Emparan y Orbe, nombrado por la Junta Suprema Gubernativa como Gobernador de la Provincia de Venezuela, en marzo de 1809[43].

Esta Junta Suprema Central y Gubernativa del Reyno se había constituido en Aranjuez el 25 de septiembre de 1808, y se había trasladado luego a Sevilla el 27 de diciembre de 1809, integrada por mandatarios de las diversas provincias del Reino, la cual tomó la dirección de los asuntos nacionales[44]. Fue por ello que el 12 de enero de 1809, el Ayuntamiento de Caracas reconoció en Venezuela a dicha Junta Central, como gobierno supremo del imperio[45].

Días después, fue que la Junta Suprema Central por Real Orden de 22 de enero de 1809, la que dispuso que:

> Los vastos y preciosos dominios que la España posee en las Indias no son propiamente colonias o factorías, como los de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española. [46]

Como consecuencia de esta importantísima declaración se consideró, que las Provincias de América debían tener representación y constituir parte de la Junta Suprema Central, a cuyo efecto se dispuso la forma cómo habrían de elegirse los diputados y vocales americanos, los cuales, por supuesto, de haber sido electos, habrían representado una absoluta minoría en relación a los representantes peninsulares[47].

En todo caso, para comienzos de 1809, ya habían aparecido en la Península manifestaciones adversas a la Junta Suprema Central y Gubernativa, a la cual se había acusado de usurpadora de autoridad. Ello condujo, en definitiva, a la convocatoria a Cortes para darle legitimación a la representación nacional, lo que la Junta hizo por Decretos de 22 de mayo y 15 de junio de 1809, fijándose la reunión de las Cortes para el 1° de marzo de 1810, en la Isla de León[48]. En

---

43. *Cf.* L. A. Sucre, *op. cit.*, p. 314.
44. Véase el texto en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*,Tomo II, pp. 174 y 179.
45. *Cf.* C. Parra Pérez, *op. cit.*, Tomo II, p. 305.
46. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 230-231. *Cf.* O. C. Stoetzer, *op. cit.*, p. 271.
47. Ello fue protestado en América. Véase por ejemplo el Memorial de Agrarios de C. Torres de 20-11-1809 en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 243-246; *Cf.* O.C. Stoetzer, *op. cit.*, p. 272.
48. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 234-235

dichas Cortes, en todo caso, debían estar representadas las provincias americanas, pero con diputados designados en forma supletoria[49].

Ahora bien, en mayo de 1809, como se dijo, ya había llegado a Caracas el nuevo Presidente, Gobernador y Capitán General de Venezuela, Vicente Emparan; y en ese mismo mes, la Junta Suprema Gubernativa advertía a las Provincias de América sobre los peligros de la extensión de las maquinaciones del Emperador a las Américas[50].

El temor que surgió en Caracas respecto del subyugamiento completo de la Península, sin duda, provocó que comenzara la conspiración por la independencia de la Provincia de Venezuela de lo cual, incluso, estaba en conocimiento Emparan antes de llegar a Caracas[51]. Su acción de gobierno, por otra parte lo llevó a enemistarse incluso con el clero y con el Ayuntamiento, lo que contribuyó a acelerar la reacción criolla.

Así, ya para fines de 1809 en la Provincia había un plan para derribar el gobierno en el cual participaban los más destacados jóvenes caraqueños, entre ellos, Simón Bolívar, quien había regresado de España en 1807, todos amigos del Capitán General[52]. Este adoptó diversas providencias al descubrir el plan, pero fueron débiles, provocando protestas del Ayuntamiento[53].

Paralelamente, el 29 de enero de 1810, luego de los triunfos franceses en Andalucía, la Junta Central Gubernativa del Reino había resuelto reconcentrar la autoridad del mismo, nombrando un Consejo de Regencia asignándole el poder supremo, aun cuando limitado por su futura sujeción a las Cortes que debían reunirse meses después[54]. Se anunciaba, así, la disposición de que "las Cortes reducirán sus funciones al ejercicio del poder legislativo, que propiamente les pertenece; confiando a la Regencia el del poder ejecutivo"[55].

El Consejo de Regencia, en ejercicio de la autoridad que había recibido, el 14 de febrero de 1810 dirigió a los españoles americanos una "alocución" acompañada de un Real Decreto disponiendo la concurrencia a las Cortes

---

49. Véase E. Roca Roca, *América en el Ordenamiento Jurídico de las Cortes de Cádiz,* Granada, 1986, p. 21 *Cf.* J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo II, pp. 267-268.
50. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo II, pp. 250-254.
51. *Cf.* G. Morón, *Historia de Venezuela,* Caracas, 1971, Tomo III, p. 205.
52. C. Parra Pérez, *op. cit.,* Tomo I, pp. 368-371.
53. *Idem.,* p. 371.
54. Véase J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo II, pp. 265-269.
55. *Idem.,* Tomo II, p. 269.

Extraordinarias, al mismo tiempo que de diputados de la Península, de diputados de los dominios españoles de América y de Asia[56].

Entre tanto, en las Provincias de América se carecía de noticias sobre los sucesos de España, cuyo territorio, con excepción de Cádiz y la Isla de León, estaba en poder de los franceses. Estas noticias y la de la disolución de la Junta Suprema Central y Gubernativa por la constitución del Consejo de Regencia, sólo se llegaron a confirmar en Caracas el 18 de abril de 1810[57].

La idea de la desaparición del Gobierno Supremo en España, y la necesidad de buscar la constitución de un gobierno para la Provincia de Venezuela, para asegurarse contra los designios de Napoleón, sin duda, fue el último detonante del inicio de la revolución de independencia de América.

2. El golpe de Estado del 19 de abril de 1810 y la Junta Suprema de Venezuela Conservadora de los Derechos de Fernando VII

El Ayuntamiento de Caracas, en efecto, en su sesión del 19 de abril de 1810, al día siguiente de conocerse la situación política de la Península, depuso a la autoridad constituida y se erigió, a sí mismo, en Junta Suprema de Venezuela Conservadora de los Derechos de Fernando VII[58].

Con este acto se dio un golpe de Estado habiendo recogido el Acta de la sesión del Ayuntamiento de Caracas, el primer acto constitucional de un nuevo gobierno y el inicio de la conformación jurídica de un nuevo Estado[59].

En efecto, la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Caracas deponiendo al Gobernador Emparan del mando de la Provincia de Venezuela, consistió en la asunción del "mando supremo" o "suprema autoridad" de la Provincia[60], "por consentimiento del mismo pueblo"[61].

---

56. Véase el texto en *Idem.*, Tomo II, pp. 272-275.
57. *Cf. Idem.*, Tomo II, pp. 380 y 383.
58. Véase el libro *El 19 de abril de 1810*, Instituto Panamericano de Geografía, Caracas 1957.
59. Véase en general T. Polanco, "Interpretación jurídica de la Independencia" en *El Movimiento Emancipador de Hispanoamérica, Actas y Ponencias*, Caracas, 1961, Tomo IV, pp. 323 y ss.
60. Véase el texto del Acta del Ayuntamiento de Caracas de 19 de Abril de 1810 en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, p. 157.
61. Así se establece en la "Circular" enviada por el Ayuntamiento el 19 de abril de 1810 a las autoridades y corporaciones de Venezuela. Véase J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 401-402. Véase también en *Textos oficiales de la Primera República de Venezuela*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959, Tomo I, p. 105.

Se estableció, así, un "nuevo gobierno" que fue reconocido en la capital, al cual quedaron subordinados "todos los empleados del ramo militar, político y demás"[62]. El Ayuntamiento, además, procedió a destituir las antiguas autoridades del país y a proveer a la seguridad pública y conservación de los derechos del Monarca cautivo, y ello lo hizo "reasumiendo en sí el poder soberano"[63].

La motivación de esta Revolución se expuso en el texto del Acta, en la cual se consideró que por la disolución de la Junta Suprema Gubernativa de España, que suplía la ausencia del Monarca, el pueblo había quedado en "total orfandad", razón por la cual se estimó que:

> El derecho natural y todos los demás dictan la necesidad de procurar los medios de conservación y defensa y de erigir en el seno mismo de estos países un sistema de gobierno que supla las enunciadas faltas, ejerciendo los derechos de la soberanía, que por el mismo hecho ha recaído en el pueblo.

Para adoptar esa decisión, por supuesto, el Ayuntamiento tuvo que desconocer la autoridad del Consejo de Regencia[64], considerando que:

> No puede ejercer ningún mando ni jurisdicción sobre estos países, porque ni ha sido constituido por el voto de estos fieles habitantes, cuando han sido ya declarados, no colonos, sino partes integrantes de la corona de España, y, como tales han sido llamados al ejercicio de la soberanía interna y a la reforma de la Constitución Nacional.

---

62. *Idem.*

63. Así se indica en el oficio de la Junta Suprema al Inspector General Fernando Toro el 20 de abril de 1810. Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 403 y Tomo I, p. 106, respectivamente.

64. Lo que afirma de nuevo, en comunicación enviada al propio Consejo de Regencia de España explicando los hechos, razones y fundamentos del establecimientos del nuevo gobierno. Véase J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 408; y *Textos oficiales, op. cit.*, Tomo I, pp. 130 y ss. En particular, en comunicación del 3 de mayo de 1810, la Junta Suprema de Caracas se dirigió a la Junta Suprema de Cádiz y a la Regencia, cuestionando la asunción por esas corporaciones "que sustituyéndose indefinidamente unas a otras, sólo se asemejan en atribuirse todas una delegación de la soberanía que, no habiendo sido hecha ni por el Monarca reconocido, ni por la gran comunidad de españoles de ambos hemisferios, no puede menos de ser absolutamente nula, ilegítima, y contraria a los principios sancionados por nuestra legislación" (*Idem* p. 130); agregando que "De poco se necesitará para demostrar que la Junta Central carecía de una verdadera representación nacional; porque su autoridad no emanaba originariamente de otra cosa que de la aclamación tumultuaria de algunas capitales de provincias, y porque jamás han tenido en ellas los habitantes del nuevo hemisferio la parte representativa que legítimamente les corresponde. En otras palabras, desconocemos al nuevo Consejo de Regencia" (*Idem*, p. 134).

En todo caso, el Ayuntamiento estimó que aun cuando pudiera prescindirse de lo anterior, dicho Consejo de Regencia, por las circunstancias de la guerra y de la conquista y usurpación de las armas francesas en la Península, era impotente y sus miembros no podían valerse a sí mismos.

De allí que en el Cabildo Extraordinario, al ser forzado el Presidente, Gobernador y Capitán General a renunciar, el mando quedó depositado en el Ayuntamiento. Así se expresó, además, en el Acta de otra sesión del Ayuntamiento, del mismo día 19 de abril de 1810, con motivo del "establecimiento del nuevo gobierno" en la cual se dispuso que los nuevos empleados debían prestar juramento ante el cuerpo prometiendo:

> Guardar, cumplir y ejecutar, y hacer que se guarden, cumplan y ejecuten todas y cualesquiera ordenes que se den por esta Suprema Autoridad soberana de estas Provincias, a nombre de nuestro rey y señor don Fernando VII[65].

Se estableció, así, en Caracas, "una Junta Gubernativa de estas Provincias, compuesta del Ayuntamiento de esta Capital y de los vocales nombrados por el voto del pueblo"[66], y en un Manifiesto donde se hablaba de "la revolución de Caracas" y se refería a "la independencia política de Caracas", la Junta Gubernativa prometió:

> Dar al nuevo gobierno la forma provisional que debe tener, mientras una Constitución aprobada por la representación nacional legítimamente constituida, sanciona, consolida y presenta con dignidad política a la faz del universo la provincia de Venezuela organizada, y gobernada de un modo que haga felices a sus habitantes, que pueda servir de ejemplo útil y decoroso a la América[67].

La Junta Suprema de Venezuela comenzó por asumir en forma provisional, las funciones legislativas y ejecutivas, definiendo en el Bando del 25-04-1810, los siguientes órganos del Poder Judicial: "El Tribunal Superior de apelaciones, alzadas y recursos de agravios se establecerá en las casas que antes tenía la audiencia"; y el Tribunal de Policía "encargado del fluido vacuno y la administración de justicia en todas las causas civiles y criminales estará a cargo de los corregidores"[68].

---

65. Véase el texto en *Idem.*, J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo I, p. 393.
66. Así se denomina en el manifiesto del 1° de mayo de 1810. Véase en *Textos oficiales..., cit.*, Tomo I. p. 121.
67. Véase el texto en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 406, y en *Textos oficiales..., cit.*, Tomo I, p. 129.
68. *Textos oficiales de la Primera República de Venezuela*, Tomo I, pp. 115-116

En todo caso, este movimiento revolucionario iniciado en Caracas en abril de 1810, meses antes de la instalación de las Cortes de Cádiz, indudablemente que siguió los mismos moldes de la Revolución francesa y tuvo además la inspiración de la Revolución norteamericana[69], de manera que incluso, puede considerarse que fue una Revolución de la burguesía, de la nobleza u oligarquía criolla, la cual, al igual que el tercer estado en Francia, constituía la única fuerza activa nacional[70].

No se trató, por tanto, inicialmente, de una revolución popular, pues los pardos, a pesar de constituir la mayoría de la población, apenas comenzaban a ser admitidos en los niveles civiles y sociales como consecuencia de la Cédula de "Gracias, al Sacar", vigente a partir de 1795 y que, con toda la protesta de los blancos, les permitía a aquellos adquirir mediante el pago de una cantidad de dinero, los derechos reservados hasta entonces a los blancos notables[71].

Por ello, teniendo en cuenta la situación social preindependentista, sin duda que puede calificarse de "insólito" el hecho de que en el Ayuntamiento de Caracas, transformado en Junta Suprema, se le hubiera dado representación no sólo a estratos sociales extraños al Cabildo, como los representantes del clero y los denominados del pueblo, sino a un representante de los pardos[72].

---

69. Véase José Gil Fourtoul, *Historia Constitucional de Venezuela,* Tomo primero, *Obras Completas,* Vol. I, Caracas, 1953, p. 209.

70. *Cf.* José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo primero, p. 200; Pablo Ruggeri Parra, *Historia Política y Constitucional de Venezuela,* Tomo I, Caracas, 1949, p. 31.

71. Véase sobre la Real Cédula de 10-2-1795 sobre gracias al sacar en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo I, pp. 263 a 275. *Cf.* Federico Brito Figueroa, *Historia Económica y Social de Venezuela. Una estructura para su estudio*, Tomo I, Caracas, 1966, p. 167; y L. Vallenilla Lanz, *Cesarismo Democrático,* Caracas 1952, pp. 13 y ss. En este sentido, debe destacarse que en la situación social preindependentista había manifestaciones de luchas de clase entre los blancos o mantuanos que constituían el 20 por 100 de la población y los pardos y negros 61. por 100, que luego van a aflorar en la rebelión de 1814. *Cf.* F. Brito Figueroa, *op. cit.*, tomo I, pp. 160 y 173. *Cf.* Ramón Díaz Sánchez, "Evolución social de Venezuela (hasta 1960)", en M. Picón Salas y otros, *Venezuela Independiente 1810-1960,* Caracas, 1962, p. 193.

72. Véase Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo primero, pp. 203, 208 y 254. Es de tener en cuenta, como señala A. Grisanti, que "El Cabildo estaba representado por las oligarquías provincianas extremadamente celosas de sus prerrogativas políticas, administrativas y sociales, y que detentaban el Poder por el predominio de contadas familias nobles o ennoblecidas, acaparadoras de los cargos edilicios...". Véase Angel Grisanti, Prólogo al libro *Toma de Razón, 1810 a 1812,* Caracas, 1955. El cambio de actitud del Cabildo caraqueño, por tanto, indudablemente que se debe a la influencia que sus miembros ilustrados recibían del igualitarismo de la Revolución Francesa: *Cf.* L. Vallenilla Lanz, *Cesarismo Democrático, cit.*, p. 36. Este autor insiste en relación a esto de la manera siguiente: "Es en nombre de la Enciclopedia, en nombre de la filosofía racionalista, en nombre del optimismo humanitario de Condorcet y de Rousseau como los revolucionarios de 1810 y los constituyentes de 1811, surgidos en su totalidad de las altas clases sociales, decretan la igualdad política y civil de todos los hombres libres", *op. cit.*, p. 75.

3. La revolución en las otras Provincias de la Capitanía General de Venezuela

Luego de la Revolución de Caracas del 19 de abril de 1811, la Junta Suprema de Venezuela envió emisarios a las principales ciudades de las otras Provincias que conformaban la Capitanía General de Venezuela para invitarlas a adherirse al movimiento de Caracas. Se desarrolló, en consecuencia, en todas esas Provincias con excepción de Coro y Maracaibo,[73] ante la creencia de que la Metrópoli estaba gobernada por Napoleón y había sido disuelto el Gobierno Supremo, y un proceso revolucionario provincial con manifiestas tendencias autonomistas.

En consecuencia, el 27 de abril de 1810, en Cumaná, el Ayuntamiento asumió la representación de Fernando VII, y "su legitima sucesión".

El 5 de julio de 1810, el Ayuntamiento de Barinas decidió proceder a formar "una Junta Superior que recibiese la autoridad de este pueblo que la constituye mediante ser una provincia separada".

El 16 de septiembre de 1810, el Ayuntamiento de Mérida decidió "en representación del pueblo", adherirse a la causa común que defendían las Juntas Supremas y Superiores que ya se habían constituido en Santa Fé, Caracas, Barinas, Pamplona y Socorro, y resolvió, con representación del pueblo, se erigiese una Junta "que asumiese la autoridad soberana".

El Ayuntamiento de Trujillo convino en instalar "una Junta Superior conservadora de nuestra Santa Religión, de los derechos de nuestro amadísimo, legítimo, soberano Don Fernando VII y su Dinastía y de las derechos de la Patria".

El 12 de octubre de 1811, en la Sala Consistorial de la Nueva Barcelona se reunieron "las personas visibles y honradas del pueblo de Barcelona" y resolvieron declarar la independencia con España de la Provincia y unirse con Caracas y Cumaná, creándose al día siguiente, una Junta Provincial para que representara los derechos del pueblo[74].

---

73. Véase las comunicaciones de la Junta Suprema respecto de la actitud del Cabildo de Coro y del Gobernador de Maracaibo, en *Textos Oficiales...*, *cit.*, Tomo I, pp. 157 a 191. Véase además los textos que publican J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 248 a 442, y 474 a 483.

74. Véase las Actas de la Independencia de las diversas ciudades de la Capitanía General de Venezuela en *Las Constituciones Provinciales*. Academia Nacional de la Historia, 1959, pp. 339 y ss.

4. El Congreso General de Venezuela de 1811

Como secuela del rápido y expansivo proceso revolucionario de las Provincias de Venezuela, ya para junio de 1810 se comenzaba a hablar oficialmente de la "Confederación de Venezuela"[75], y la Junta de Caracas con representantes de Cumaná, Barcelona y Margarita, ya venía actuando como Junta Suprema pero, por supuesto, sin ejercer plenamente el gobierno en toda la extensión territorial de la Capitanía General. De allí la necesidad que había de formar un "Poder Central bien constituido" es decir, un gobierno que uniera las Provincias, por lo que la Junta Suprema estimó que había "llegado el momento de organizarlo" a cuyo efecto, convocó:

> A todas las clases de hombres libres al primero de los goces del ciudadano, que es el de concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común.

En esta forma, la Junta llamó a elegir y reunir a los diputados que habían de formar "la Junta General de Diputación de las Provincias de Venezuela", para lo cual dictó, el 11 de junio de 1810, el Reglamento de Elecciones de dicho cuerpo[76], en el cual se previó, además, la abdicación de los poderes de la Junta Suprema en la Junta General, quedando sólo como Junta Provincial de Caracas[77]. Este Reglamento de Elecciones, sin duda, fue el primero de todos los dictados en materia electoral en el mundo hispanoamericano.

El mismo mes en el cual la Junta Suprema dictó el Reglamento de Elecciones, continuando la política exterior iniciada al instalarse, los comisionados Simón Bolívar, Luis López Méndez y Andrés Bello viajaron a Londres con la misión de estrechar las relaciones con Inglaterra, y solicitar auxilios inmediatos para resistir la amenaza de Francia. Los comisionados lograron, básicamente, esto último; concretizado en el compromiso de Inglaterra de defender al gobierno de Caracas "contra los ataques o intrigas del tirano de Francia"[78]. Los

75. Véase la "refutación a los delirios políticos del Cabildo de Coro, de orden de la Junta Suprema de Caracas" de 1-6-1810 en *Textos Oficiales...,op. cit.*, Tomo I, p. 180.

76. Véase el texto en *Textos Oficiales..., op. cit.*, Tomo II, pp. 61-84; y en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, op. cit.*, pp. 161 a 169.

77. Capítulo III, Art. 4.

78. Véase la circular dirigida el 7-12-1810 por el Ministro Colonial de la Gran Bretaña a los jefes de las Antillas Inglesas, en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 519. Asimismo, la nota publicada en la *Gaceta de Caracas* del viernes 26 de octubre de 1810 sobre las negociaciones de los comisionados. Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 514.

comisionados venezolanos, como lo señaló Francisco de Miranda con quien se relacionaron en Londres, habían continuado lo que el Precursor había iniciado "desde veinte años a esta parte... en favor de nuestra emancipación o independencia"[79]. En todo caso, Bolívar y Miranda regresaron a Caracas en diciembre de 1810.

Paralelamente, en la Península continuaba el proceso para la instalación de las Cortes que había convocado la Junta de Regencia, las cuales se instalaron, finalmente como se dijo, en la Isla de León, el 24 de septiembre de 1810. El Decreto N° 1 de las Cortes de esa fecha, declaró "nula, de ningún valor ni efecto la cesión de la Corona que se dice hecha en favor de Napoleón" y reconocieron a Fernando VII como Rey[80].

En la sesión de instalación de las Cortes en la Isla de León concurrieron 207 diputados, entre ellos 62 americanos, y entre ellos, dos por la Provincia de Caracas, los señores Esteban Palacios y Fermín de Clemente, quienes habían sido designados como suplentes, reclutados en la Península[81]. Debe recordarse que sólo 15 días antes (08-09-1810), el Consejo de Regencia había dictado normas para la elección de dichos esos diputados suplentes.

Los diputados suplentes que habían sido designados por Venezuela pidieron instrucciones a la Junta Suprema de Caracas, la cual respondió, el 1° de febrero de 1811, que consideraba la reunión de las Cortes "tan ilegal como la formación del Consejo de Regencia" y, por tanto, que "los señores Palacios y Clemente carecían de mandato alguno para representar las Provincias de Venezuela", por lo que "sus actos como diputados eran y serían considerados nulos[82]. Ya en enero de 1811, la Junta Suprema se había dirigido a los ciudadanos rechazando el nombramiento de tales diputados suplentes, calificando a las Cortes como "las Cortes cómicas de España"[83].

Por su parte, el 1° de agosto de 1810, el Consejo de Regencia había declarado en estado de riguroso bloqueo a la Provincia de Caracas, por haber sus habitantes:

---

79. Véase la Carta de Miranda a la Junta Suprema de 3-8-1810 en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 580.

80. *Idem*, Tomo II, pp. 657

81. *Ibídem*, Tomo II, pp. 656. Véase además, Eduardo Roca Roca, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*, Granada 1986, pp. 22 y 136.

82. Véase el texto en *Gaceta de Caracas*, martes 5 de febrero de 1811, Caracas, 1959, Tomo II, p. 17. Véase además, C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Tomo I, Caracas 1959, p. 484.

83. Véase *Textos Oficiales de la Primera República*, Caracas 1959, Tomo II, p. 17.

> Cometido el desacato de declararse independientes de la metrópoli, y creando una junta de gobierno para ejercer la pretendida autoridad independiente[84].

Los acontecimientos de Caracas habían sido los de una auténtica revolución política, con un golpe de Estado dado contra las autoridades españolas por el Cabildo Metropolitano, el cual había asumido el poder supremo de la Provincia, desconociendo toda autoridad en la Península, incluyendo el Consejo de Regencia y las propias Cortes de Cádiz. Estas, como se dijo, se tildaban de ilegítimas y cómicas, rechazándose en ellas toda representación de las Provincias de Venezuela, que se pudiera atribuir a cualquiera.

Por ello, la ruptura constitucional derivada de la Independencia de Venezuela no sólo se había operado de parte de la Junta Suprema de Caracas en relación con la Regencia y las Cortes, sino también de parte de las autoridades de la Península respecto del nuevo gobierno de la Provincia de Venezuela, proceso en el cual las Cortes se involucraron directamente. Así fue que, por ejemplo, las Cortes "premiaron" a las Provincias de la antigua Capitanía General de Venezuela que no se habían sumado al movimiento independentista (Maracaibo, Coro, Guayana). Por ello, mediante el Decreto CXXXIII de 6 de febrero de 1812, las Cortes concedieron a la ciudad de Guayana el adorno de su escudo de armas con trofeos de cañones, balas, fusiles, bandera y demás insignias militares, como premio por haber apresado a los rebeldes de Nueva Barcelona en la acción del 5 de septiembre de 1811; y por Decreto CCXII de 8 de diciembre de 1812 le concedió el título de "muy noble y muy leal", con motivo de los sucesos de Venezuela ocurridos del 15 al 16 de marzo de 1812.

Por su parte, las Cortes distinguieron a la ciudad de Coro, por Decreto CCXXXVII de 21-03-13, con el título de "muy noble y leal" y escudo alusivo, otorgándose la distinción de "Constancia de Coro" a favor de los Capitulares por el comportamiento de la ciudad en las turbulencias que habían "inflingido a varias provincias de Venezuela" y su defensa frente a los insurgentes de Caracas en 28 de noviembre de 1812.

En cuanto a la ciudad de Maracaibo, por Decreto CCXXXVIII de 21-03-13 recibió el título de "muy noble y leal" por las mismas razones de Coro, otorgándose a los miembros del Ayuntamiento la "Constancia de Maracaibo".

---

84. Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, p. 571. El bloqueo lo ejecutó el Comisionado Regio Cortabarría desde Puerto Rico, a partir del 21 de enero de 1811, *Cfr.* en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo III, p. 8; C. Parra Pérez, *op. cit.*, Tomo I, p. 484.

Como se dijo, estos reconocimientos de las Cortes derivaban del hecho de que las provincias de Maracaibo y Guayana y la ciudad de Coro, no se habían sumado a la revolución de Independencia, ni habían conformado el Congreso General que en 1811 sancionó la Constitución Federal para los Estados de Venezuela[85].

En todo caso, en medio de la situación de ruptura total entre las Provincias de Venezuela y la Metrópolis, se realizaron las elecciones del Congreso General de Venezuela, en las cuales participaron siete de las nueve Provincias que para finales de 1810 existían en el territorio de la Capitanía General de Venezuela[86], habiéndose elegido 44 diputados por las Provincias de Caracas (24), Barinas (9), Cumaná (4), Barcelona (3), Mérida (2), Trujillo (1) y Margarita (1)[87].

Las elecciones se efectuaron siguiendo la orientación filosófica del igualitarismo de la Revolución francesa, consagrándose el sufragio universal para todos los hombres libres[88].

El Reglamento General de Elecciones de 10 de junio de 1810 había reconocido el derecho del sufragio, con las siguientes excepciones:

> Las mujeres, los menores de 25 años, a menos que estuviesen casados y velados, los dementes los sordomudos, los que tuviesen una causa criminal abierta, los fallidos, los deudores a caudales públicos, los extranjeros, los transeúntes, los vagos públicos y notorios, los que hubiesen sufrido pena corporal aflictiva o infamatoria y todos los que tuviesen casa abierta o poblada, esto es, que viviesen en la de otro vecino particular a su salario y expensas o en actual servicio suyo, a menos que según la opinión común del vecindario fuesen propietarios por lo menos de dos mil pesos en bienes, muebles o raíces libres.

En esta forma, puede decirse que dichas elecciones configuraron las primeras elecciones relativamente universales que se desarrollaron en Venezuela y en América Latina, en el siglo XIX. La elección fue indirecta y

---

85. Véase el texto de los Decretos en Eduardo Roca Roca, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz,* Granada 1986, pp. 79-80

86. Participaron las provincias de Caracas, Barinas, Cumaná, Barcelona, Mérida, Trujillo y Margarita, *Cf.* José Gil Fortoul, *op. cit.,* Tomo primero, p. 223. *Cf.* J. F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo II, pp. 413 y 489.

87. Véase C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Academia de la Historia, Caracas 1959, Tomo I, p. 477.

88. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, op. cit.*, p. 166.

en dos grados, y los diputados electos en segundo grado formaron la "Junta General de Diputados de las Provincias de Venezuela"[89] la cual declinó sus poderes en un Congreso Nacional en el cual se constituyeron los representantes. El 2 de marzo de 1811, los diputados se instalaron en Congreso Nacional, con el siguiente juramento:

> Juráis a Dios por los sagrados Evangelios que váis a tocar, y prometéis a la patria conservar y defender sus derechos y los del Señor F. VII, sin la menor relación a influjo de la Francia, independiente de toda forma de gobierno de la península de España, y sin otra representación que la que reside en el Congreso General de Venezuela [90].

El Congreso se instaló, para defender y conservar además de los derechos de la Patria:

> y los del Señor D. Fernando VII, sin la menor relación o influjo de la Francia, independientes de toda forma de gobierno de la península de España, y sin otra representación que la que reside en el Congreso General de Venezuela[91].

Desde la instalación del Congreso General se comenzó a hablar en todas las Provincias de la "Confederación de las Provincias de Venezuela", las cuales conservaron sus peculiaridades políticas propias, a tal punto que al mes siguiente, en la sesión del 06-04-1812, el Congreso General resolvió exhortar a las "Legislaturas provinciales" que acelerasen la formación de sus respectivas Constituciones[92].

En todo caso, el Congreso había sustituido a la Junta Suprema y había adoptado el principio de la separación de poderes para organizar el nuevo gobierno, designando el 5 de marzo de 1811, a tres ciudadanos para ejercer el Poder Ejecutivo Nacional, turnándose en la presidencia por períodos semanales, y constituyendo, además, una Alta Corte de Justicia.

El 28 de marzo de 1811, el Congreso nombró una comisión para redactar la Constitución de la Provincia de Caracas, la cual debía servir de modelo a las demás Provincias de la Confederación. Esta comisión tardó mucho en preparar el proyecto, por lo que algunas Provincias, como se indica más adelante,

---

89. Véase Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo primero, p. 224.

90. Gil Fortoul, Tomo I, p. 138

91. *Idem*, Tomo II, p. 16.

92. Véase *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela 1811-1812,* Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, Tomo II, p. 401.

procedieron a dictar las suyas para organizarse políticamente. El 1° de julio de 1811, el Congreso ya había proclamado los Derechos del Pueblo[93], declaración que puede considerarse como la tercera declaración de derechos de rango constitucional en el constitucionalismo moderno.

El 5 de julio de 1811, el Congreso aprobó la Declaración de Independencia, pasando a denominarse la nueva nación, como Confederación Americana de Venezuela[94]; y en los meses siguientes, bajo la inspiración de la Constitución norteamericana y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre[95], redactó la primera Constitución de Venezuela y la de todos los países latinoamericanos, la cual se aprobó el 21 de diciembre de 1811[96], con clara inspiración en los aportes revolucionarios de Norteamérica y Francia.

En cuanto a la influencia francesa, debe recordarse que el texto traducido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la versión de la Constitución francesa de 1793, era el que había sido motor fundamental de la conspiración de Gual y España de 1797[97]. Por lo que respecta a la influencia de Norteamérica, la Constitución de 1787 y las Enmiendas de 1789, habían sido traducidas del inglés al español en 1810 por Joseph Manuel Villavicencio[98] natural de la Provincia de Caracas. Además, las obras de Thomas Paine, conocidas por la elite venezolana, habían sido traducidas y publicadas numerosas veces desde 1810 en Venezuela, Perú y en Filadelfia, desde donde se distribuyeron copiosamente por los restantes países de América Latina. Una de las más importantes obras de Paine fue la que tradujo Manuel García de Sena, titulada *La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta*

93. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, op. cit.*, pp. 175 a 177.

94. Véase el texto de las sesiones del 5 de julio de 1811 en *Libro de Actas... cit.*, pp. 171 a 202. Véase el texto Acta de la Declaración de la Independencia, cuya formación se encomendó a Juna Germán Roscio, en P. Ruggeri Parra, *op. cit.*, apéndice, Tomo I, pp. 79 y ss. Asimismo en Francisco González Guinán, *Historia Contemporánea de Venezuela*, Caracas, 1954, Tomo I, pp. 26 y ss.; y el Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 171 y ss.

95. *Cf.* José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Primero, pp. 254 y 267

96. Véase el texto de la Constitución de 1811, en *La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y Documentos afines* (Estudio Preliminar de C. Parra Pérez), Caracas, 1959, pp. 151 y ss., y en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 179 y ss.

97. Véase las referencias en el libro de Pedro Grases, *La conspiración de Gual y España y el ideario de la Independencia*, Caracas 1978.

98. *Constitución de los Estados Unidos de América*, editado en Philadelphia en la imprenta Smiht & M'Kennie, 1810.

años ha. Extracto de sus obras, publicada en 1811 en la imprenta que T. y J. Palmer tenían en Filadelfia. Este libro, de 288 páginas, contiene fragmentos de las obras de Paine *De Common Sense, De Disertation on the First-Principles of Government* y otras, y además los siguientes textos legales norteamericanos: Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776; Artículos de Confederación y Perpetua Unión de 8 de julio de 1778; Constitución de Massachussets; Relación de la Constitución de Connecticut; Constitución de Nueva Jersey; Constitución de la República de Pennsylvania y la Constitución de Virginia[99]. Esta obra, también traducida en 1810, llevó una dedicatoria del propio García de Sena, la cual tenía el propósito de "ilustrar principalmente a sus conciudadanos sobre la legitimidad de la Independencia y sobre el beneficio que de ella debe desprenderse, tomando como base la situación social, política y económica de los Estados Unidos[100]. En 1811 García de Sena también tradujo la obra de John M'Culloch, *Historia concisa de los Estados Unidos desde el descubrimiento de América hasta el año 1807*[101].

Estas obras tuvieron una enorme repercusión en Venezuela y en América Latina en general[102]. En Caracas, en los tiempos de la Independencia, circulaban

---

99. Una moderna edición de esta obra es *La Independencia de la Costa Firme, justificada por Thomas Paine treinta años ha.* Traducido del inglés al español por don Manuel García de Sena. Con prólogo del profesor Pedro Grases, Comité de Orígenes de la Emancipación, núm. 5. Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Caracas, 1949.

100. *Ibidem,* en el prólogo de Grases, p. 10. Grases subraya con mucha atingencia el fenómeno de difusión de las nuevas ideas hechas desde Venezuela. Cuando se realice una investigación tan acuciosa en otros países, podrá comprenderse mejor el fenómeno. No hay duda, como lo hemos asentado en otras páginas, que las Gacetas hispanoamericanas, principalmente la de Caracas, esparcieron por toda América buena parte de los modernos principios. De otra obra de Paine existe una traducción hecho por Santiago Felipe Puglia, a quien tanto se debe en la difusión de obras de carácter político; ésta es la siguiente: Thomas Paine. *El derecho del hombre para el uso y provecho del género humano.* Traducido del inglés por Santiago Felipe Puglia. Imprenta de H.C. Carey e Hijos, Filadelfia, 1822. En ella Paine hace una glosa de varios de los principios constitucionales norteamericanos y de su teoría política y filosófica. Numerosas ideas que después van a encontrarse expresadas en la Constitución de 1814 aparecen señaladas en este estudio.

101. Editada en Philadelphia en la misma imprenta de T.Y.J. Palmer, 1812.

102. *Cf.* en general, Pedro Grases, *Libros y Libertad,* Caracas 1974; y "Traducción de interés político cultural en la época de la Independencia de Venezuela" en *El Movimiento Emancipador de Hispano América, Actas y Ponencias,* Academia Nacional de la Historia, Caracas 1961, Tomo II, pp. 105 y ss.; Ernesto de la Torre Villas y Jorge Mario Laguardia, *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano,* UNAM, México 1976, pp. 38-39.

de mano en mano, siendo su lectura de moda. Incluso, en la *Gazeta de Caracas*, en los números de los días 14 y 17 de enero de 1812, se publicó parte del libro de García de Sema contentivo de la traducción de la obra de Paine[103].

Fue precisamente a través de esas traducciones de Picornell, de Villavicencio y de García de Sena, que los textos producto de las Revoluciones Americana y Francesa penetraron en Venezuela e influenciaron directamente en los redactores de las Constituciones Provinciales en Venezuela y la Constitución de 1811.

II. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE DICIEMBRE DE 1811

En efecto, el constitucionalismo venezolano puede decirse que se había venido formulando con anterioridad a la sanción de la Constitución de 1811, con los actos de la Junta Suprema de Caracas y, luego, de la Junta Suprema de las Provincias de Venezuela y del Congreso General de las Provincias; y particularmente, con la sanción de varias Constituciones Provinciales[104], en particular, las de Barinas, Mérida y Trujillo[105].

1. EL "PLAN DE GOBIERNO" DE LA PROVINCIA DE BARINAS DE 26-3-1811

A los 24 días de la instalación del Congreso General, y cuatro días antes del nombramiento de la Comisión para la redacción de lo que sería el modelo de las Constituciones Provinciales, la Asamblea Provincial de Barinas, el 26 de marzo de 1811, adoptó un "Plan de Gobierno"[106] constituyendo una Junta Provincial o Gobierno Superior compuesto de 5 miembros a cargo de toda la autoridad en la Provincia, hasta que el Congreso de todas las Provincias Venezolanas dictase la Constitución Nacional (Art. 17).

En el Plan de Gobierno, además, se restableció el Cabildo para la atención de los asuntos municipales (Art. 4) y se regularon las competencias del Cabildo en materia judicial, como tribunal de alzada respecto de las decisiones de los

103. Véase Pedro Grases "Manual García de Sena y la Independencia de Hispanoamérica" en la edición del libro de García de Sena, que realizó el Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas 1987, p. 39.

104. Véase en general, Carlos Restrepo Piedrahita, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Bogotá 1996, pp. 37 y ss.

105. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado*, Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas 1996, pp. 277 y ss.

106. *Las Constituciones Provinciales, cit.*, pp. 334 y ss.

Juzgados subalternos (Art. 6). Las decisiones del Cuerpo Municipal podían ser llevadas a la Junta Provincial por vía de súplica (Art. 8).

2. La "Constitución Provisional de la Provincia de Mérida" de 31-7-1811

En Mérida, el Colegio Electoral reunido con representantes de los pueblos de los ocho partidos capitulares de las ciudades de Mérida, La Grita y San Cristóbal y de las Villas de San Antonio, Bailadores, Lovatera, Egido y Timotes, adoptó una "Constitución Provisional que debe regir esta Provincia, hasta que, con vista de la General de la Confederación, pueda hacerse una perpetua que asegure la felicidad de la provincia"[107].

Este texto se dividió en doce capítulos, en los cuales se reguló lo siguiente:

En el *Capítulo Primero*, la forma de "gobierno federativo por el que se han decidido todas las provincias de Venezuela" (Art. 1), atribuyéndose la legítima representación provincial al Colegio Electoral, representante de los pueblos de la Provincia (Art. 2).

El gobierno se dividió en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, correspondiendo el primero al Colegio Electoral; el segundo a un cuerpo de 5 individuos encargados de las funciones ejecutivas; y el tercero a los Tribunales de Justicia de la Provincia (Art. 3).

La Constitución provisional declaró, además, que "Reservándose esta Provincia la plenitud del Poder Provincial para todo lo que toca a su gobierno, régimen y administración interior, deja en favor del Congreso General de Venezuela aquellas prerrogativas y derechos que versan sobre la totalidad de las provincias confederadas, conforme al plan que adopte el mismo Congreso en su Constitución General" (Art. 6).

En el *Capítulo Segundo* se reguló la Religión Católica, Apostólica y Romana como Religión de la Provincia (Art. 1), prohibiéndose otro culto público o privado (Art. 2). Se precisó, en todo caso, que "la potestad temporal no conocerá en las materias del culto y puramente eclesiásticas, ni la potestad espiritual en las puramente civiles, sino que cada una se contendrá dentro de sus límites" (Art. 4).

En el *Capítulo Tercero* se reguló el Colegio Electoral, como "legítima representación Provincial", con poderes constituyentes y legislativos provinciales

107. *Idem.*, p. 255.

(Art. 1, 2 y 35); su composición por ocho electores (Art. 3) y la forma de la elección de los mismos, por sistema indirecto (Arts. 3 a 31), señalándose que se debía exigir a los que fueran a votar, que "depongan toda pasión e interés, amistad, etc., y escojan sujetos de probidad, de la posible instrucción y buena opinión pública" (Art. 10). Entre las funciones del Colegio Electoral estaba el residenciar a todos los funcionarios públicos luego que terminen en el ejercicio de su autoridad" (Art. 36).

En el *Capítulo Cuarto* se reguló al Poder Ejecutivo, compuesto por cinco individuos (Art. 1), en lo posible escogidos de vecinos de todas las poblaciones de la provincia y no sólo de la capital (Art. 2); con término de un año (Art. 3); sin reelección (Art. 4). En este capítulo se regularon las competencias del Poder Ejecutivo (Art. 14 a 16) y se prohibió que "tomara parte ni se introduciera en las funciones de la Administración de Justicia" (Art. 20). Se precisó, además, que la Fuerza Armada estaría "a disposición del Poder Ejecutivo" (Art. 23), correspondiéndole además "la General Intendencia de los ramos Militar, Político y de Hacienda" (Art. 24).

El *Capítulo Quinto* de la Constitución Provisional estaba dedicado al Poder Judicial, comenzando por señalar que "No es otra cosa el Poder Judicial que la autoridad de examinar las disputas que se ofrecen entre los ciudadanos, aclarar sus derechos, oír sus quejas y aplicar las leyes a los casos ocurrentes" (Art. 1), atribuyendo competencias a todos los jueces superiores e inferiores de la Provincia y, particularmente, al Supremo Tribunal de apelaciones de la misma (Art. 2), compuesto por tres individuos, abogados recibidos (Art. 3). En el capítulo se regularon, además, algunos principios de procedimiento y las competencias de los diversos tribunales (Arts. 4 a 14).

En el *Capítulo Sexto* se reguló el "Jefe de las Armas" atribuyéndose a un gobernador militar y comandante general de las armas sujeto inmediatamente al Poder Ejecutivo, pero nombrado por el Colegio Electoral (Art. 1); y a quien correspondía "la defensa de la Provincia" (Art. 4). Se regularon, además, los empleos de Gobernador Político e Intendente, reunidos en el gobernador militar para evitar varios sueldos (Art. 6); con funciones jurisdiccionales (Arts. 7 a 10). El Gobernador Político tenía además, el carácter de Presidente de los Cabildos (Art. 11) y de Juez de Paz (Art. 12).

El *Capítulo Séptimo* estaba destinado a regular "los Cabildos y Jueces inferiores"; atribuyéndose, allí, a los Cabildos, la "policía" (Art. 2) y definiéndose las competencias municipales, englobadas en el concepto de policía (Art. 3). Se reguló la Administración de Justicia a cargo de los Alcaldes

de las ciudades y villas (Art. 4), con apelación ante el Tribunal Superior de Apelaciones (Art. 5).

En el *Capítulo Octavo* se reguló la figura del "Juez Consular", nombrado por los comerciantes y hacendados, (Art. 1), con la competencia de conocer los asuntos de comercio y sus anexos con arreglo a las Ordenanzas del consulado de Caracas (Art. 3) y apelación ante el Tribunal Superior de Apelación (Art. 4).

En el *Capítulo Noveno* se reguló la "Milicia", estableciéndose la obligación de toda persona de defender a la Patria cuando ésta fuera atacada, aunque no se le pagase sueldo (Art. 2).

El *Capítulo Décimo* reguló el "Erario Público", como "el fondo formado por las contribuciones de los ciudadanos destinado para la defensa y seguridad de la Patria, para la sustentación de los ministros y del culto divino y de los empleados de la administración de Justicia, y en la colectación y custodia de las mismas contribuciones y para las obras de utilidad común (Art. 1). Se estableció, también, el principio de legalidad tributaria al señalarse que "toda contribución debe ser por utilidad común y sólo el Colegio Electoral las puede poner" (Art. 3), y la obligación de contribuir al indicarse que "ningún ciudadano puede negarse a satisfacer las contribuciones impuestas por el Gobierno" (Art. 4).

El *Capítulo Undécimo* estaba destinado a regular "Los derechos y obligaciones del Hombre en Sociedad", los cuales también se regularon en el *Capítulo Duodécimo* y Ultimo que contiene, "disposiciones generales". Esta declaración de derechos, dictada después de la que el 1 de julio del mismo año 1811 había sancionada por la Sección Legislativa del Congreso General para la Provincia de Caracas, siguió las mismas líneas de ésta y de la publicación sobre "Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos" atribuida a Picornel y que, como hemos dicho, circuló con motivo de la Conspiración de Gual y España de 1797[108].

3. El "Plan de Constitución Provisional Gubernativo de la Provincia de Trujillo" de 2-9-1811

Los representantes diputados de los distintos pueblos, villas y parroquias de la Provincia de Trujillo, reunidos en la Sala Consistorial, aprobaron un

108. Véase la comparación en Pedro Grases, *La Constitución de Gual y España, y el Ideario de. la Independencia,* Caracas, 1978, pp. 71 y ss.

"Plan de Constitución Provincial Gubernativo"[109] el 2 de septiembre de 1811, constante de 9 títulos.

El *Título Primero* estaba dedicado a la Religión Católica, como Religión de la Provincia, destacándose, sin embargo, la separación entre el poder temporal y el poder eclesiástico.

El *Título Segundo* reguló el "Poder Provincial", representado por el Colegio de Electores electos por los pueblos. Este Colegio Electoral se reguló como Poder Constituyente y a él correspondía residenciar a todos los miembros del Cuerpo Superior del Gobierno.

El *Título Tercero* reguló la "forma de gobierno", estableciéndose que la representación legítima de toda la Provincia residía en el Prenombrado Colegio Electoral, y que el Gobierno particular de la misma residía en dos cuerpos: el Cuerpo Superior de Gobierno y el Municipal o Cabildo.

El *Título Cuarto* reguló, en particular, el "Cuerpo Superior de Gobierno", integrado por cinco (5) vecinos, al cual se atribuyeron funciones ejecutivas de gobierno y administración.

El *Título Quinto*, reguló el "Cuerpo Municipal o de Cabildo", como cuerpo subalterno, integrado por cinco (5) individuos: dos alcaldes ordinarios, dos Magistrados (uno de ellos Juez de Policía y otro como Juez de Vigilancia Pública), y un Síndico personero.

El *Título Sexto*, relativo al "Tribunal de Apelaciones", atribuyó al Cuerpo Superior de Gobierno el carácter de Tribunal de Alzada.

El *Título Séptimo* reguló las "Milicias", a cargo de un Gobernador y Comandante General de las Armas de la Provincia, nombrado por el Colegio Electoral, pero sujeto inmediatamente al Cuerpo Superior de Gobierno.

El *Título Octavo* reguló el Juramento que debían prestar los diversos funcionarios.

El *Título Noveno* relativo a los "Establecimientos Generales", reguló algunos de los derechos de los ciudadanos.

---

109. Véase *Las Constituciones Provinciales*, *op. cit.*, pp. 297 y ss.

III. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS DE VENEZUELA DE 1811 Y LAS BASES DEL CONSTITUCIONALISMO

Ahora bien, constitucionalmente hablando, puede decirse que el Estado venezolano, como entidad política independiente, se constituyó con la sanción, el 21 de diciembre de 1811, de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela dada por los representantes de las Provincias de Margarita, Mérida, Cumaná, Barinas, Barcelona, Trujillo y Caracas, reunidos en Congreso General[110].

Esta Constitución, aún cuando igual como sucedió con la Constitución de Cádiz, no tuvo vigencia real superior a un año debido a las guerras de independencia, puede decirse que condicionó la evolución de las instituciones políticas y constitucionales venezolanas hasta nuestros días; habiendo recogido los aportes esenciales del constitucionalismo norteamericano y francés.

1. CONTENIDO GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1811

La Constitución fue el resultado de un proceso de discusión del proyecto respectivo, por el Congreso General, conteniendo 228 artículos agrupados en 9 capítulos, destinados a regular el Poder Legislativo (Arts. 3 a 71), el Poder Ejecutivo (Arts. 72 a 109), el Poder Judicial (Arts. 110 a 118), las Provincias (Arts. 119 a 134) y los Derechos del Hombre "que se respetarán en toda la extensión del Estado" (Arts. 141 a 199). Con dicho texto se conformó la Unión de las Provincias que venían siendo parte de la Confederación de Venezuela y que habían formado parte de la Capitanía General de Venezuela[111].

A. Bases del Pacto Federativo (Título Preliminar)

a. La Confederación de las Provincias

La Constitución se inició con un "Preliminar" relativo a las "Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la autoridad general de la Confederación",

110. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías *Las Constituciones de Venezuela,* Madrid, 1985, pp. 181 a 205. Además, en *La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y documentos afines,* Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp.

111. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado,* Tomo I, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Caracas 1996, pp. 268 y ss.

donde se precisaron la distribución de poderes y facultades entre la Confederación y los Estados confederados (las Provincias).

Se estableció, en esta forma, la forma federal del Estado por primera vez en el constitucionalismo moderno después de su creación en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, conforme al siguiente esquema:

> En todo lo que por el Pacto Federal no estuviere expresamente delegado a la Autoridad general de la Confederación, conservará cada una de las Provincias que la componen su Soberanía, Libertad e Independencia; en uso de ellas tendrán el derecho exclusivo de arreglar su Gobierno y Administración territorial bajo las leyes que crean convenientes, con tal que no sean de las comprendidas en esta Constitución ni se opongan o perjudiquen a los Pactos Federativos que por ella se establecen.

En cuanto a las competencias de la Confederación "en quien reside exclusivamente la representación Nacional", se dispuso que estaba encargada de:

> Las relaciones extranjeras, de la defensa común y general de los Estados Confederados, de conservar la paz pública contra las conmociones internas o los ataques exteriores, de arreglar el comercio exterior y el de los Estados entre sí, de levantar y mantener ejércitos, cuando sean necesarios para mantener la libertad, integridad e independencia de la Nación, de construir y equipar bajeles de guerra, de celebrar y concluir tratados y alianzas con las demás naciones, de declararles la guerra y hacer la paz, de imponer las contribuciones indispensables para estos fines u otros convenientes a la seguridad, tranquilidad y felicidad común, con plena y absoluta autoridad para establecer las leyes generales de la Unión y juzgar y hacer ejecutar cuanto por ellas quede resuelto y determinado.

En relación con la Confederación, debe señalarse que la Declaración solemne de la Independencia de Venezuela del 5 de julio de 1811, se había formulado por los representantes de las "Provincias Unidas de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo, que forman la confederación Americana de Venezuela en el Continente Meridional", reunidos en Congreso[112]; y esos mismos representantes, reunidos en "Congreso General", fueron los que elaboraron la "Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela", sancionada el 21 de diciembre de 1811[113]. Venezuela, por tanto, como Estado independiente, se configuró, como una Federación de Provincias y se estructuró

112 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, op. cit.*, p. 171.

113 *Idem.*, p. 179

sobre la base de la división provincial que había legado el régimen político de la Monarquía española.

En efecto, durante todo el proceso español de conquista y colonización en América, desde comienzos del siglo XVI hasta el inicio del siglo XIX, la *Provincia* se configuró como la estructura territorial básica para lo militar, la administración y el gobierno y la administración de justicia en los territorios de Ultramar. Estas Provincias, como unidades territoriales básicas, giraban en torno a una ciudad que con sus autoridades locales (Ayuntamiento o Cabildo) hacía de cabeza de Provincia.

La Provincia, así, durante todo el período del dominio español en América hasta comienzos del siglo XIX, fue una institución territorial creada y desarrollada por la Monarquía española especialmente para el gobierno y la administración de los territorios de América, no existiendo en esos tiempos en la Península una institución territorial similar; al punto de que el término mismo de Provincia no tenía, en la Metrópoli, hasta los tiempos de Cádiz, ni siquiera un significado definido.

En efecto, en las leyes del Reino de Castilla, las cuales en el inicio de la conquista fueron las que básicamente se aplicaron en América, el término "provincia" no se refería a una división administrativa o política organizada, sino más bien se usaba como equivalente de región, comarca o distrito e incluso de tierra sin régimen político o administrativo estable o fijo[114]. En ese mismo sentido se siguió utilizando con posterioridad, hasta el punto de que las provincias que existían en la Península para fines del siglo XVIII, tenían más realidad en los diferentes estudios que se habían elaborado por la Corona para uniformar la Administración territorial del Estado, que en la organización política existente[115].

En todo caso, fue sólo a partir de la Constitución de Cádiz de 1812, dictada después del establecimiento del Estado venezolano como Estado independiente, que la Administración Provincial comenzó a implantarse en el Estado de la España peninsular, uniformizada luego a partir de las reformas de 1833 que, siguiendo el esquema francés de los Departamentos, dividió la totalidad del territorio español en Provincias[116].

---

114. Véase J. Cerdá Ruiz-Funes, "Para un Estudio sobre los Adelantados Mayores de Castilla (Siglo XIII-XV), *Actas del II Symposium Historia de la Administración,* Madrid, 1971, p. 191

115. T. Chiossone, *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República,* Caracas, 1980, p. 74, nota 69.

116. Véase el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, mandando hacer la división del territorio español en la Península e Islas adyacentes, en 49 provincias, en T.R. Fernández y J.A. Santamaría, *Legislación Administrativa Española del Siglo XIX,* Madrid, 1977, pp. 115 y ss.

La Provincia hispano-americana, en cambio, como se ha dicho, fue anterior a la Provincia peninsular, y su concepción durante la conquista y colonización, siguió los trazos de la institución que con el mismo nombre se desarrolló en el Imperio Romano para el gobierno y administración de los territorios conquistados por el ejército romano fuera de Italia (Ultramar) y que estaban a cargo de un gobernador, (*propetor, procónsul o legati*)[117].

Esas Provincias que habían sido agrupadas en la Capitanía General de Venezuela en 1777, precisamente fueron las que se confederaron en 1811.

b. El principio de la separación de poderes

En el Preliminar de la Constitución también se formuló, como principio fundamental del constitucionalismo, la separación de poderes en esta forma:

> El ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades.

Además, el artículo 189 insistía en que

> Los tres Departamentos esenciales del Gobierno, á saber: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, es preciso que se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuanto lo exija la naturaleza de un gobierno libre lo que es conveniente con la cadena de conexión que liga toda fábrica de la Constitución en un modo indisoluble de Amistad y Unión

En el orden jurídico-político, la Constitución de 1811 no sólo consagró expresamente la división del Poder Supremo en las tres ramas señaladas con un sistema de gobierno presidencial; sino que además, consagró la supremacía de la Ley como "la expresión libre de la voluntad general" conforme al texto de la Declaración Francesa de 1789[118], y la soberanía que residiendo en los

---

117 A. Posada. *Escritos Municipalistas y de la Vida Local,* Madrid, 1979, p. 284. *Cf.* Vicente de la Vallina Velarde, *La Provincia, Entidad Local, en España,* Oviedo 1964, pp. 20 y ss; J. Arias, *Manual de Derecho Romano,* Buenos Aires, 1949, p. 58; F. Gutiérrez Alviz, *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 1948, p. 504; T. Chiossone, *op. cit.*, p. 74, nota N° 69.

118. "La Ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común, y ha de proteger la libertad pública e individualidad contra toda opresión o violencia". "Los actos ejercidos contra cualquier persona fuera de los casos y contra las formas que la Ley determina son inicuos, y si por ellos se usurpa la autoridad constitucional o la libertad del pueblo serán tiránicos" (Arts. 149 y 150).

habitantes del país, se ejercía por los representantes[119]. En todo caso, todo este mecanismo de separación de poderes con un acento de debilidad del Poder Ejecutivo configuró, en los primeros años de la vida republicana de Venezuela, todo un sistema de contrapeso de poderes para evitar la formación de un poder fuerte, a lo que se atribuyó la caída de la Primera República[120], y condicionó la vida republicana en las décadas posteriores.

B. La religión católica (Capítulo I)

El *Capítulo I* de la Constitución de 1811 se destinó a regular la Religión, proclamándose a la Religión Católica, Apostólica y Romana como la religión del Estado y la única y exclusiva de los habitantes de Venezuela (Art. 1).

C. El Poder Legislativo (Capítulo II)

El *Capítulo II* tuvo por objeto regular al "Poder Legislativo" atribuido al Congreso General de Venezuela, el cual fue dividido en dos Cámaras, una de Representantes y un Senado (Art. 3).

En dicho Capítulo se reguló el proceso de formación de las leyes (Arts. 4 a 13); la forma de elección de los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado (Art. 14 a 51) con una regulación detallada del proceso de elección de manera indirecta en congregaciones parroquiales (Art. 26) y en congregaciones electorales (Art. 28); sus funciones y facultades (Art. 52 a 66); el régimen de sus sesiones (Art. 67 a 70); y sus atribuciones especiales (Art. 71). La Constitución, siguiendo la tendencia general, restringió el sufragio al consagrar requisitos de orden económico para poder participar en las elecciones[121]

---

119. "Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas Leyes, costumbres y Gobierno forma una soberanía". "La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad reside, pues, esencial y originalmente, en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución". "Ningún individuo, ninguna familia particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inalienable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del Gobierno, si no lo ha obtenido por la Constitución" (Art. 143, 144 y 145).

120. *Cfr.* C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela,* Caracas, 1959, Tomo II, pp. 7 y 3 ss.; Augusto Mijares, "La Evolución Política de Venezuela" (1810-1960)", en M. Picón Salas y otros, *Venezuela Independiente, cit.,* Caracas 1962, p. 31. De ahí el calificativo de la "Patria Boba" que se le da a la Primera República. *Cfr.* R. Díaz Sánchez, "Evolución social de Venezuela (hasta 1960), en *idem,* pp. 199 y s.

121. *Cfr.*, R. Díaz Sánchez, "Evolución Social de Venezuela (hasta 1960) ", en M. Picón Salas y otros, *Venezuela Independiente 1810-1960,* Caracas, 1962, p. 197, y C. Parra Pérez, Estudio preliminar a la *Constitución Federal de Venezuela de 1811*, p. 32. Es de destacar, por otra

reservándose entonces el control político del naciente Estado a la aristocracia criolla y a la naciente burguesía parda.

D. El Poder Ejecutivo (Capítulo III)

El *Capítulo III* reguló el "Poder Ejecutivo", el cual se dispuso que residiría en la ciudad federal "depositado en tres individuos elegidos popularmente" (Art. 72) por las Congregaciones Electorales (Art. 76) por listas abiertas (Art. 77). En el Capítulo no sólo se reguló la forma de elección del triunvirato (Arts. 76 a 85), sino qué se definieron las atribuciones del Poder Ejecutivo (Arts. 86 a 99) y sus deberes (Arts. 100 a 107).

De acuerdo a la forma federal de la Confederación, se reguló la relación entre los Poderes Ejecutivos Provinciales y el Gobierno Federal, indicándose que aquéllos eran, en cada Provincia, "los agentes naturales e inmediatos del Poder Ejecutivo Federal para todo aquello que por el Congreso General no estuviere cometido a empleados particulares en los ramos de Marina, Ejército y Hacienda Nacional" (Art. 108).

E. El Poder Judicial (Capítulo IV)

El *Capítulo IV* estuvo destinado a regular el Poder Judicial de la Confederación depositado en una Corte Suprema de Justicia (Arts. 110 a 114) con competencia originaria entre otros, en los asuntos en los cuales las Provincias fueren parte interesada y competencia en apelación en asuntos civiles o criminales contenciosos (Art. 116).

F. Las Provincias (Capítulo V)

El *Capítulo V* reguló a las Provincias, estableciéndose límites a su autoridad, en particular, que no podían "ejercer acto alguno que corresponda a las atribuciones concedidas al Congreso y al Poder Ejecutivo de la Confederación" (Art. 119). "Para que las leyes particulares de las Provincias no puedan nunca entorpecer la marcha de los federales -agregó el artículo 124- se someterán siempre al juicio del Congreso antes de tener fuerza y valor de tales en sus respectivos Departamentos, pudiéndose, entre tanto, llevar a ejecución mientras las revisa el Congreso".

---

parte, que las restricciones al sufragio también se establecieron en el sufragio pasivo, pues para ser representante se requería gozar de "una propiedad de cualquier clase" (Art. 15) y para ser Senador, gozar de "una propiedad de seis mil pesos" (Art. 49). *Cfr.* J. Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Obras Completas, Tomo I, Caracas, 1953, p. 259.

El Capítulo, además, reguló aspectos relativos a las relaciones entre las Provincias y sus ciudadanos (Arts. 125 a 127); y al aumento de la Confederación mediante la incorporación eventual de Coro, Maracaibo y Guayana que no formaron parte del Congreso (Arts. 128 a 132).

En cuanto al gobierno y administración de las Provincias, la Constitución de 1811 remitió a lo dispuesto en las *Constituciones Provinciales*, indicando el siguiente límite:

> Artículo 133. El gobierno de la Unión asegura y garantiza a las provincias la forma de gobierno republicano que cada una de ellas adoptare para la administración de sus negocios domésticos, sin aprobar Constitución alguna que se oponga a los principios liberales y francos de representación admitidos en ésta, ni consentir que en tiempo alguno se establezca otra forma de gobierno en toda la confederación.

G. La rigidez constitucional (Capítulos VI y VII)

Los *Capítulos VI y VII* se refirieron a los procedimientos de revisión y reforma de la Constitución (Arts. 135 y 136) y a la sanción o ratificación de la Constitución (Arts. 138 a 140).

H. Los Derechos del Hombre (Capítulo VIII)

El *Capítulo VIII* se dedicó a los "Derechos del Hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado", distribuidos en cuatro secciones: *Soberanía del pueblo* (Arts. 141 a 159), *Derechos del hombre en sociedad* (Arts. 151 a 191), *Derechos del hombre en sociedad* (Arts. 192 a 196) y *Deberes del cuerpo social* (Arts. 197 a 199).

En este Capítulo se recogieron, enriquecidos, los artículos de la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811, y en su redacción se recibió la influencia directa del texto de las Declaraciones de las antiguas colonias norteamericanas, de las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América, de la Declaración Francesa y en relación con esta última, de los documentos de la conspiración de Gual y España de 1797[122].

En particular, debe destacarse entre estas normas, las relativas al igualitarismo civil derivadas del principio de igualdad, como uno de los "derechos

122. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos Humanos en Venezuela: casi 200 años de Historia,* Caracas 1990, pp: 101 y ss.

del hombre en sociedad" derivados, a su vez, del "pacto social" (arts. 141, 142). Los derechos del hombre en sociedad, de acuerdo al texto constitucional, eran la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad (Arts. 151 y ss.), y el artículo 154 de la Constitución, en esta forma, dispuso que:

> La igualdad consiste en que la Ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento ni herencia de poderes (Art. 154).

En cuanto al pacto social, los artículos 141 y 142 de la Constitución dispusieron:

> Después de constituidos los hombres en sociedad han renunciado a aquella libertad ilimitada y licenciosa a que fácilmente los conducían sus pasiones, propia sólo del estado salvaje. El establecimiento de la sociedad presupone la renuncia de esos derechos funestos, la adquisición de otros más dulces y pacíficos, y la sujeción a ciertos deberes mutuos. El pacto social asegura a cada individuo el goce y posesión de sus bienes, sin lesión del derecho que los demás tengan de los suyos (Art. 141 y 142).

I. Disposiciones generales (Capítulo IX)

Por último, el *Capítulo IX,* en unos Dispositivos Generales estableció normas sobre el régimen de los indígenas (Arts. 200) y su igualdad (Arts. 201); la ratificación de la abolición del comercio de negros (Art. 202); la igualdad de los pardos (Art. 203); y la extinción de títulos y distinciones (Art. 204).

En particular, en cuanto a la igualación social las normas de la Constitución conllevaron a la eliminación de los "títulos"[123] y la restitución de los derechos "naturales y civiles" a los pardos[124], y con ello, el elemento que iba a permitir a éstos incorporarse a las luchas contra la oligarquía criolla. Se debe destacar, por otra parte, que a pesar de que el texto constitucional declaró abolido el

---

123. "Quedan extinguidos todos los títulos concedidos por el anterior gobierno y ni el Congreso, ni las Legislaciones Provinciales podrán conceder otro alguno de nobleza, honores o distinciones hereditarias..." (Art. 204). Por otra parte, la Constitución de 1811, expresamente señalaba que: "Nadie tendrá en la Confederación de Venezuela otro título ni tratamiento público que el de *ciudadano*, única denominación de todos los hombres libres que componen la Nación..." (Art. 236), expresión que ha perdurado en toda nuestra historia constitucional.

124. "Del mismo modo, quedan revocadas y anuladas en todas sus partes las leyes antiguas que imponían degradación civil a una parte de la población libre de Venezuela conocida hasta ahora bajo la denominación de *pardos*; éstos quedan en posesión de su estimación natural y civil y restituidos a los imprescindibles derechos que les corresponden como a los demás ciudadanos" (Art. 203).

comercio de esclavos[125], la esclavitud como tal no fue abolida y se mantuvo hasta 1854; a pesar de las exigencias del Libertador en 1819[126].

Se reguló, además, el juramento de los funcionarios (Arts. 206 a 209); la revocación del mandato (Art. 209 y 210), las restricciones sobre reuniones de sufragantes y de congregaciones electorales (Arts. 211 a 214); la prohibición a los individuos o grupos de arrogarse la representación del pueblo (Art. 215; la disolución de las reuniones no autorizadas (Art. 216); el tratamiento de "ciudadano" (Art. 226); y la vigencia de la Recopilación de las Leyes de Indias mientras se dictaban el Código Civil y Criminal acordados por el Congreso (Art. 228).

J. La supremacía constitucional

Por último, debe destacarse la cláusula de supremacía de la Constitución contenida en el artículo 227, así:

> 227. La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del gobierno de la Unión serán la Ley Suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligados a obedecerlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expiden contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción.

Esta cláusula de supremacía y la garantía objetiva de la Constitución se ratificó en el Capítulo VIII sobre los Derechos del Hombre, al prescribirse en su último artículo, lo siguiente:

> Artículo 199. Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: Que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera del alcance del Poder General ordinario del gobierno y que conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellos que será absolutamente nula y de ningún valor.

125. "El comercio inicuo de negros prohibido por decreto de la Junta Suprema de Caracas en 14 de agosto de 1810, queda solemne y constitucionalmente abolido en todo el territorio de la Unión; sin que puedan de modo alguno introducirse esclavos de ninguna especie por vía de especulación mercantil" (Art. 202).

126. *Cfr.* Parra Pérez; "Estudio Preliminar", *loc. cit.*, p. 32. En su discurso de Angostura de 1819, Simón Bolívar imploraba al Congreso "la confirmación de la libertad absoluta de los esclavos, como imploraría por mi vida y la vida de la República", considerando a la esclavitud como "la hija de las tinieblas". Véase el Discursó de Angostura en J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Apéndice, Tomo Segundo, pp . 491 y 512.

2. Los principios del constitucionalismo moderno en la Constitución de Venezuela de 1811 y la influencia francesa y norteamericana

En la Constitución de 1811, sin duda, como se aprecia de su contenido general, los principios del constitucionalismo derivados tanto de la Revolución Americana como de la Revolución Francesa encontraron de inmediato un campo de cultivo, habiéndose sin embargo desarrollado conforme a moldes propios, no habiendo recibido influencia alguna inicial del régimen político-constitucional español moderno, que al momento de sancionarse la Constitución (1811), también sentaba las bases para la remoción del Antiguo Régimen, en medio de la crisis general por la invasión napoleónica. Esos principios encajaron en el proceso constituyente venezolano de 1811, meses antes de la sanción de la Constitución de Cádiz.

En efecto, la Constitución de 1811 recibió de la Constitución americana la influencia de la forma federal del Estado, del presidencialismo como sistema de gobierno dentro del esquema de la separación de poderes, y del control de la constitucionalidad, como secuela de la garantía objetiva de la Constitución. Pero en cuanto a la redacción del texto constitucional de 1811, la influencia directa de la Constitución francesa es evidente, particularmente en la regulación detallada de la forma de elección indirecta de los representantes, en el reforzamiento de la separación de poderes, y en la extensa Declaración de Derechos fundamentales que contiene.

Con frecuencia se ha argumentado que lo básico del texto de la Constitución venezolana de 1811 provino de la Constitución norteamericana, lo que no es exacto, no sólo por el contenido de ambas, sino por la extensión de los textos: 7 artículos - aún cuando extensos cada uno- en la Constitución norteamericana de 1787, contra 228 artículos de la Constitución venezolana de 1811. En realidad, este texto se inspiró de los principios de la Constitución americana y, a la vez, de la redacción del texto de las Constituciones revolucionarias francesas, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica[127].

Desde el punto de vista constitucional, por tanto, es evidente que la conformación inicial del Estado venezolano no recibió influencia alguna de las instituciones españolas que en paralelo se estaban conformando.

---

127. Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno,* Caracas 1991. Las consideraciones que se hacen en las páginas siguientes siguen lo expuesto en dicho libro. *Cf.* Allan R. Brewer-Carías, *La formación del Estado venezolano,* separata del libro Paramillo, UCAT, San Cristóbal 1996, pp. 201 a 359.

Recordemos, de nuevo que en 1811, España aún era una Monarquía invadida por las tropas napoleónicas, en plena guerra de independencia frente al invasor francés, y que fue a partir de 1812, con la Constitución de Cádiz, que comenzó a recibir los aportes del constitucionalismo moderno, como el principio de la separación de poderes. Sin embargo, España continuó siendo una Monarquía durante todo el siglo XIX, en tanto que la evolución republicana de Venezuela que comenzó en 1811, con todos sus altibajos políticos, se desarrolló sin interrupciones hasta el presente. Venezuela, por tanto, al contrario de lo que sucedió en otros países de América Latina, no recibió inicialmente influencia alguna derivada de la Constitución de Cádiz, la cual sólo rigió en parte de su territorio durante la confusión de la guerra de independencia, al contrario de lo que sucedió en otros países de América Latina, que al haber logrado su independencia más tarde a comienzos del siglo XIX, recibieron la influencia de la Constitución gaditana.

A. La idea de Constitución

La idea de Constitución como documento escrito, de valor superior y permanente conteniendo las normas fundamentales de la organización del Estado y una Declaración de los Derechos de los Ciudadanos fue, sin duda, como hemos dicho, el aporte fundamental de la Revolución americana al constitucionalismo moderno, el cual quedó plasmado, en 1776, al declararse independientes las antiguas colonias inglesas en Norteamérica. De ese proceso nació la Constitución moderna, con una parte orgánica relativa a la organización del Estado con base en los principios de la separación poderes; y una parte dogmática, contentiva de una declaración de derechos fundamentales naturales del hombre. El elemento básico del constitucionalismo que proviene de la Revolución americana, además, fue el del carácter de ley suprema y fundamental de la Constitución, ubicada por encima de los poderes del Estado y de los ciudadanos, y no modificable por el Legislador ordinario.

Las características esenciales de la Constitución, conforme a esta concepción, las advirtió desde el inicio, Alexis De Tocqueville en 1835, en su *Democracia en América*[128], como testigo de excepción que fue de las revoluciones francesa y americana, al establecer la diferencia entre las Constituciones de Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, señalando que:

> En Francia, la Constitución es una obra inmutable o reputada como tal. Ningún poder puede cambiarle nada. Tal es la teoría indicada.

128. Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, J. P. Mayery M. Lerner, eds. London, 1969. Las citas en el texto son tomadas de esta edición.

> En Inglaterra, se reconoce al Parlamento el derecho de modificar la Constitución. En Inglaterra la Constitución puede, pues, cambiar sin cesar o más bien, no existe. El Parlamento, al mismo tiempo que es un cuerpo legislativo, es también el constituyente.
>
> En América del Norte, las teorías políticas son más sencillas y más racionales. Su Constitución no es considerada inmutable como en Francia; ni puede ser modificada por los poderes ordinarios de la Nación, como en Inglaterra. Forma un cuerpo aparte que, representando la voluntad de todo el pueblo, obliga lo mismo a los Legisladores que a los simples ciudadanos; pero que puede ser cambiada por la voluntad del pueblo, según la forma establecida....

Y concluyó:

> En los EE.UU., la Constitución está sobre los Legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley; es pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes.

De esto deviene, como consecuencia, la noción no sólo de constitución escrita, sino también de constitución rígida.

Esta concepción de la Constitución, como Ley Suprema y rígida también se había adoptado en Francia desde el mismo momento de la Revolución, sin duda, bajo la influencia americana, pero con aproximaciones propias y una concepción formal más latina en su expresión y extensión, que también influyó en América Latina. En efecto, al contrario de la Constitución norteamericana de 1787, que en un conjunto de 7 artículos reguló la parte orgánica y al contrario de las Constituciones de las antiguas Colonias, no contuvo inicialmente una declaración de derechos (sólo se incorporaron en las Enmiendas de 1789 y 1791); el primer acto constitucional de la Asamblea Nacional revolucionaria francesa en 1789, fue adoptar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual estaba precedida de unos artículos de la Constitución, en los cuales se recogieron los principios fundamentales de organización del Estado con base en el principio de la separación de poderes.

Posteriormente, en 1791, la Asamblea dictó la primera Constitución, que formalmente hablando, fue la segunda en la historia constitucional del mundo moderno, regulando extensamente una Monarquía Constitucional, en cerca de 210 artículos, e incorporando al texto la Declaración de Derechos (17 artículos) de rango constitucional, la cual, por tanto, fue el gran aporte a la idea de Constitución de la Revolución francesa.

Por otra parte, la Constitución de 1811 también adoptó, como se ha dicho, la noción de la supremacía de la Constitución que para el momento en que De Tocqueville visitó los Estados Unidos, había sido desarrollado por el Presidente de la Corte Suprema, el juez Marshall, en el famoso caso *Marbury vs. Madison de 1803*[129]. Por ello, incluso, en el propio texto de la Constitución de 1811 se estableció expresamente el principio de la supremacía constitucional, en el referido artículo 227 que siguió la orientación de la cláusula de supremacía de la Constitución norteamericana (Art. 4), pero con mucho mayor alcance.

Además, luego de establecer y declarar los derechos fundamentales, la Constitución de 1811 agregó, en su artículo 199, que:

> Toda ley contraria a ellas que se expida por la Legislatura federal o por las Provincias será absolutamente nula y de ningún valor.

B. La democracia, el republicanismo y la soberanía del pueblo

El segundo de los principios desarrollados en la práctica constitucional y política en el mundo moderno, influido también por el constitucionalismo norteamericano, es el de la democracia y el republicanismo basado en el concepto de soberanía del pueblo. Con la Revolución norteamericana, el principio tradicional de legitimidad monárquica del Estado fue sustituido definitivamente. La soberanía no correspondió más a un Monarca, sino al pueblo y, por ende, con la Revolución americana, puede decirse que la práctica del gobierno democrático fue iniciada en el mundo moderno. El mismo principio fue luego recogido por la Revolución francesa, pero duró en la práctica constitucional muy poco, debido a la restauración de la Monarquía a partir de 1815.

En todo caso, este fue un concepto fundamental en el trabajo de De Tocqueville, constituyendo incluso, el título de su libro *La democracia en América,* en el cual dijo:

> Cuando se quiere hablar de las leyes políticas de los Estados Unidos, hay que comenzar siempre con el dogma de la soberanía del pueblo.

Se trataba de un principio que De Tocqueville consideró que "...domina todo el sistema político de los angloamericanos", añadiendo, que:

---

129. *Marbury v. Madison*, S.V.S. (1 Cranch) 137. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambrigde 1989, pp. 101 y ss.

> Si hay algún país en el mundo en que se pueda apreciar en su justo valor el dogma de la soberanía del pueblo, estudiarlo en su aplicación a los negocios jurídicos y juzgar sus ventajas y sus peligros, ese país es sin duda Norteamérica.

A ese efecto consagró su libro para estudiar, precisamente, la democracia en Norteamérica. Sin embargo, como se ha visto, es evidente que la democracia se desarrolló allí, tiempo antes de la Independencia, lo que destacó De Tocqueville al indicar que su ejercicio, durante el régimen colonial:

> Se veía reducido a ocultarse en las asambleas provinciales y sobre todo en las comunas donde se propagaba en secreto ... No podía mostrarse ostensiblemente a plena luz en el seno de las leyes, puesto que las colonias estaban todavía constreñidas a obedecer.

Por ello, una vez que la Revolución norteamericana estalló:

> El dogma de la soberanía del pueblo, salió de la comuna y se apoderó del gobierno. Todas las clases se comprometieron por su causa; se combatió y se triunfó en su nombre; llegó a ser la ley entre las leyes.
>
> ...Cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado.

Pero a la base de toda concepción republicana está la idea de que la soberanía no pertenece a un Monarca, sino al pueblo. De allí surgió, también el segundo principio del constitucionalismo revolucionario francés. En efecto, conforme al régimen del absolutismo, el soberano era el Monarca, quien ejercía todos los poderes e, incluso, otorgaba la Constitución del Estado. Con la Revolución, el Rey fue despojado de su soberanía; dejó de ser Rey de Francia y comenzó a ser Rey de los franceses, trasladándose la soberanía al pueblo. La noción de Nación surgió, entonces, para lograr privar al Rey de su soberanía, pero como la soberanía existía sólo en la persona que la podía ejercer, era necesario una noción de "Nación", como personificación del pueblo, para reemplazar al Rey en su ejercicio.

De allí el principio de la soberanía atribuida a la Nación y no al Rey o a los gobernantes, que surge del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:

> El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente (Art. 3).[130]

130. Los textos franceses han sido consultados en *Les Constitutions de la France depuis 1789*, (Presentation Jacques Godechot), París 1979.

La Declaración de Derechos que precedió la Constitución de 1793, señalaba:

> La soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescindible e inalienable (Art. 25).

Y la Declaración que precedió la Constitución de 1795, señaló:

> La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía.

Estos principios fueron recogidos en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811, cuyos primeros dos artículos de la Sección "Soberanía del Pueblo" establecieron:

> La soberanía reside en el pueblo; y el ejercicio de ella en los ciudadanos con derecho a sufragio, por medio de sus apoderados legalmente constituidos (Art. 1);
>
> La soberanía, es por su naturaleza y esencia, imprescindible, inajenable e indivisible (Art. 2).

La Constitución de 1811, en todo caso, definió la soberanía popular conforme a la misma orientación:

> Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forma una soberanía (Art. 143).
>
> La soberanía de un país o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de estos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución (Art. 144).

Conforme a estas normas, por tanto, en las antiguas Provincias coloniales de España que formaron Venezuela, la soberanía del Monarca español había cesado. Incluso, desde el 19 de abril de 1810, la soberanía había comenzado a ejercerse por el pueblo, que se dio a sí mismo una Constitución a través de sus representantes electos. Por ello, la Constitución de 1811, comenzó señalando:

> En nombre de Dios Todopoderoso, Nosotros, el pueblo de los Estados de Venezuela, usando de nuestra soberanía... hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos Estados.

La idea del pueblo soberano, por tanto, que no sólo provino de la Revolución francesa sino, antes, de la Revolución americana, y se arraigó en el constitucionalismo venezolano desde 1811, contra la idea de la soberanía monárquica que aún imperaba en España en ese momento.

Debe destacarse, además, que a pesar de su carácter monárquico, la Constitución francesa de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes. Ello mismo ocurrió después, con la Constitución de Cádiz de 1812.

En todo caso, en Francia, después de la Monarquía y ejecutado Luis XVI, la Constitución de 1793 estableció la República en sustitución de la Monarquía, como "única e indivisible" (Art. 1). En consecuencia, el pueblo soberano, constituido por "la universalidad de los ciudadanos franceses", nombraba sus representantes en los cuales le delegaba el ejercicio de los poderes públicos (Art. 7 a 10). Estas ideas de la representatividad, sin embargo, en Francia se impusieron desde el momento mismo de la Revolución, en 1789, a pesar de que al inicio la forma del gobierno siguió siendo Monárquica. Así, en la Constitución de 1791 se estableció que:

> La Nación de la cual emanan todos los poderes, no los puede ejercer sino por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey (Art. 2, título III).

Por tanto, con la Revolución incluso el Rey se convirtió en representante de la Nación, hasta que fue decapitado, y con ello la Monarquía convertida en República, fue completamente representativa.

Esta idea de representatividad republicana, por supuesto, también se recogió en la Constitución venezolana de 1811, en la cual, se estableció que la soberanía se ejercitaba sólo "por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución" (Art. 144). Por ello, agregó la Constitución de 1811:

> Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad que es inajenable e indivisible, en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la constitución (Art. 146).

En definitiva, siendo el sistema de gobierno netamente republicano y representativo, conforme a la más exacta expresión francesa de la Declaración de 1789 (Art. 6), la Constitución de 1811 estableció que:

> La Ley es la expresión libre de la voluntad general de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos (Art. 149).

En todo caso, la democracia como sistema político buscada, lograda o mantenida, es la segunda tendencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo, inspirada por el proceso constitucional norteamericano y el proceso de la Revolución francesa. Todas las constituciones en el mundo la establecieron como un componente básico de sus sistemas políticos, y es el símbolo de nuestro tiempo, aún cuando su mantenimiento no ha sido siempre asegurado.

Por supuesto, este dogma de la soberanía del pueblo y de la democracia republicana fue recogido de inmediato en América Latina, a raíz de la Independencia, y basta para darse cuenta, leer los motivos de la Junta Suprema de Venezuela en 1810 para convocar a elecciones, al adoptar el Reglamento de las mismas, constatando la falta de representatividad de las Provincias en el gobierno de Caracas, lo que debía remediarse constituyéndose un poder central[131]. La Junta, así, al dirigirse a los habitantes de Venezuela señaló:

> Sin una representación común, vuestra concordia es precaria, y vuestra salud peligra. Contribuid a ella como debéis y como desea el gobierno actual.
>
> El ejercicio más importante de los derechos del pueblo es aquel en que los transmite a un corto número de individuos, haciéndolos árbitros de la suerte de todos.

De allí, el llamamiento de la Junta:

> Todas las clases de hombres libres son llamadas al primero de los goces de ciudadano, que es el concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común y que le ha restituido el actual interregno de la Monarquía.

El Congreso formado por los diputados electos, e instalado a comienzos de 1811, entonces, no sólo declaró los Derechos del Pueblo (1° de julio) y la Independencia (5 julio), sino que sancionó la Constitución que a la usanza del texto de la Constitución norteamericana de 1787, está precedida por la siguiente declaración:

131. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 504 y ss.

> Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos de Venezuela, usando de nuestra soberanía y deseando establecer entre nosotros la mejor administración de justicia, procurar el bien general, asegurar la tranquilidad interior, proveer en común la defensa exterior, sostener nuestra libertad e independencia política, conservar pura e ilesa la sagrada religión de nuestros mayores, asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes y estrechados mutuamente con la más inalterable unión y sincera amistad, hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos estados. . . .

El republicanismo y asambleísmo, en todo caso, fue una constante en toda la evolución constitucional de la naciente República, por lo que desde las campañas por la independencia de Simón Bolívar, el empeño por legitimar el poder por el pueblo reunido o a través de elecciones, fue siempre una constante en nuestra historia política[132].

C. La distribución vertical de los poderes del Estado

a. El Estado federal, la descentralización política y el gobierno local del constitucionalismo americano

En su estudio de la Constitución norteamericana, uno de los aspectos a los cuales De Tocqueville dedicó mucha atención debido a la importancia para la democracia, fue al de la descentralización política o al principio de la distribución vertical de los poderes del Estado entre las diferentes unidades político-territoriales, lo que por lo demás, en 1835, cuando escribió, era una novedad constitucional. Este, puede decirse, es el tercer principio del constitucionalismo moderno.

De Tocqueville, en efecto observó:

> No hay en el mundo país donde la ley hable un lenguaje más absoluto que en Norteamérica, y no hay tampoco ninguno donde el derecho de aplicarla esté dividido entre tantas manos.

Luego en su libro, enfatizó que:

> Lo que más llama la atención al europeo que recorre a los Estados Unidos es la ausencia de lo que se llama entre nosotros el gobierno o administración.

---

132. Véase Allan R. Brewer-Carías, "Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* Caracas 1984, Nº 95-96, pp. 137 y ss.

Las funciones son múltiples y:

> Al repartir así la autoridad. vuélvese, es verdad, su acción menos pesada y menos peligrosa, pero no se la llega a destruir.

Concluyó su observación:

> El poder administrativo en los Estados Unidos no ofrece en su Constitución nada central ni jerárquico. Es precisamente lo que hace que no se advierta su presencia. El poder existe, pero no se sabe donde encontrar su representante.

Ahora bien, la distribución de los poderes en sentido vertical, en Norteamérica, puede decirse que no fue producto de un proceso de descentralización, sino más bien, de centralización, en el sentido de que el municipio, el condado y los estados, existieron primero que el poder central, de manera tal que como lo observó De Tocqueville,

> La forma de gobierno federal en los Estados Unidos apareció en último lugar.

En sus propias palabras:

> En la mayor parte de las naciones europeas, la preocupación política comenzó en las capas más altas de la sociedad, que se fue comunicando poco a poco y siempre de una manera incompleta, a las diversas partes del cuerpo social.
>
> En Norteamérica, al contrario, se puede decir que la Comuna ha sido organizada antes que el Condado, el Condado antes que el Estado y el Estado antes que la Unión.

Refiriéndose a Nueva Inglaterra, De Tocqueville constató que allí las comunidades locales tomaron completa y definitiva forma, desde 1650, señalando en consecuencia que, incluso antes de la Independencia:

> En el seno de la Comuna se ve dominar una política real, activa, enteramente democrática y republicana. Las colonias reconocen aún la supremacía de la metrópoli; la monarquía es la ley del Estado, pero ya la república está viva en la Comuna.
>
> De ahí, desde esta aproximación histórica, deriva la importancia que De Tocqueville asignó al gobierno local, como la fuente de la democracia.

En lo relativo a la forma federal del Estado, creación del sistema constitucional norteamericano producto del proceso de descentralización política

de una sociedad altamente descentralizada, De Tocqueville constató su novedad afirmando que:

> Esta Constitución, que a primera vista se ve uno tentado a confundir con las constituciones federales que la han precedido, descansa en efecto sobre una teoría enteramente nueva, que se debe señalar como un gran descubrimiento de la ciencia política de nuestros días.

Y de hecho, puede decirse que la forma del "Estado federal" vino a formar parte de la historia con la Constitución norteamericana de 1787, aún cuando las palabras "federal" o "federación" no se usaron en la Constitución.

La adopción del esquema federal, en todo caso, no respondió a un esquema previamente concebido, sino a necesidades prácticas: El propósito fue seguir una fórmula que hiciera posible la existencia de estados independientes compatibles con un poder central con suficientes atribuciones para actuar por sí solo en un nivel federal.

Esta nueva forma de Estado, dijo De Tocqueville, no podía ser comparada a las confederaciones que existieron en Europa antes de la Constitución norteamericana, principalmente porque el Poder Central en la Constitución norteamericana, como lo observó:

> ...obra sin intermediario sobre los gobernados, los administra y los juzga por sí mismo, como lo hacen los gobiernos nacionales.

En Norteamérica, agregó

> la Unión tiene por gobernados no a los Estados, sino a simples ciudadanos. Cuando quiere recaudar un impuesto, no se dirige al gobierno de Massachusetts, sino a cada habitante de Massachusetts. Los antiguos gobiernos federales tenían frente a ellos a pueblos; el de la Unión tiene a individuos. No pide prestada su fuerza, la toma por sí misma. Tiene sus administradores propios, sus tribunales, sus oficiales de justicia y su propio ejército.

Luego De Tocqueville añadió:

> Evidentemente, no es ya ese un gobierno federal; es un gobierno nacional incompleto. Así se ha encontrado una forma de gobierno que no era precisamente ni nacional ni federal; pero se han detenido allí, y la palabra nueva que debe expresar la cosa nueva no existe todavía.

Esta "cosa nueva" es la que, precisamente, en el derecho constitucional moderno es conocida como la forma de *Estado Federal,* la cual se configuró como uno de los principales rasgos del constitucionalismo norteamericano, inmediatamente seguido en Venezuela, en 1811, y décadas después, por los grandes países latinoamericanos (México, Argentina, Brasil).

Pero la forma de Estado Federal en nuestros países, a pesar de la influencia norteamericana, no fue una copia mecánica y artificial de la recién creada forma federal de los Estados Unidos de América que todavía, en 1833, como lo observó De Tocqueville en su *Democracia en América,* aun no tenía nombre propio. Al contrario, la adopción de la forma federal en América Latina obedeció a la realidad político territorial que nos había legado la colonización española y lusitana, de manera que la Federación vino a ser la solución institucional para formar Estados independientes, particularmente en las áreas coloniales compuestas por una gran extensión territorial (Argentina, México, Brasil, Venezuela) y múltiples demarcaciones territoriales coloniales.

El primer país que adoptó el federalismo como forma de Estado en el mundo moderno, después de su implantación en los Estados Unidos de Norteamérica, fue entonces Venezuela, al constituirse como Estado independiente de la metrópoli española. Ello tuvo su razón de ser en el hecho de que en América Latina, en la época colonial, España había conformado un sistema de gobierno y administración altamente descentralizado, organizado en Virreinatos, Capitanías Generales, Provincias, Corregimientos y Gobernaciones, como antes había ocurrido con todos los grandes imperios históricos. La Provincia así, conforme al concepto romano, era la unidad colonial básica de Ultramar, especialmente establecida para el gobierno colonial, hasta el punto de que para la organización político territorial de la propia España peninsular en Provincias, sólo fue en 1830 que se adoptó, pero conforme al modelo napoleónico de Estado centralizado.

Desde comienzos del siglo XVI, en cambio, como se ha dicho, la Provincia fue la unidad territorial básica de las colonias en América Latina, conformándose políticamente en torno a centros poblados (política de poblamiento), con sus Cabildos y gran autonomía. Así surgió, en un proceso de 300 años, un sistema de ciudades-Estados coloniales diseminado en nuestros países.

Al estallar el proceso independentista en 1810, en los Estados latinoamericanos se produjo un proceso similar al que años antes había sucedido en los Estados Unidos, signado por un doble objetivo: por una parte, la independencia en relación a la Metrópoli y por la otra, la unión de las diversas

Provincias distantes, aisladas y autónomas que conformaban unidades organizativas superiores. En ese proceso, cabe preguntarse: ¿Cuál podía ser la forma de Estado que podían adoptar nuestros países, de entre los esquemas existentes en el mundo?

No debe olvidarse que el mundo europeo del momento, lo único que mostraba, como forma de Estado, era el monárquico, siendo éste el sistema de integración tanto de grandes como de pequeñas entidades territoriales. La revolución de independencia en América Latina se inició contra la Monarquía, por lo que era inconcebible construir los nuevos Estados inventado un régimen monárquico criollo (quedaron como excepciones, sin embargo, los "imperios" de los Estados más extensos territorialmente, Brasil y México, de corta duración). No habiendo Monarquías, por tanto, el esquema de distribución vertical del poder propio de la forma federal resultaba perfectamente adecuado a nuestras realidades y a nuestra dispersión territorial. Ese fue el caso de Venezuela, donde al convocarse elecciones, en 1810, para la constitución de un Congreso General, la Junta Suprema de Caracas lo hizo partiendo del supuesto de que había "llegado el momento de organizar un Poder central bien constituido",[133] preguntándose en su proclama:

> ¿Cómo se podrían de otro modo trazar los límites de las autoridades de las Juntas provinciales, corregir los vicios de que también adolece la Constitución de éstas, dar a las provincias gubernativas aquella unidad sin la cual no puede haber ni orden, ni energía; consolidar un plan defensivo que nos ponga a cubierto de toda clase de enemigos; formar, en fin, una confederación sólida, respetable, ordenada, que restablezca de todo punto la tranquilidad y confianza, que mejore nuestras instituciones y a cuya sombra podamos aguardar la disipación de las borrascas políticas que están sacudiendo al Universo.

Por ello, el Congreso General, en definitiva dictó en diciembre de 1811, la "Constitución Federal para los Estados de Venezuela". Pero el Poder Central Federal constituido, como había sucedido inicialmente en los Estados Unidos, estaba estructurado con grandes signos de debilidad, estando el poder fundamental en las Provincias constituidas como estados soberanos. Esta debilidad ya la había apuntado De Tocqueville, en su observación sobre el sistema norteamericano; y debe observarse que ella siempre se ha considerado como una de las principales causas del fracaso de la Primera República en 1812.

Sin embargo, un hecho es evidente del esquema colonial español en América Latina, conforme al cual, sin haber logrado la autonomía de las colonias

133. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo II, pp. 504 y ss.

inglesas en Norteamérica producto de la inexistencia de un esquema global de organización territorial manejado desde la Metrópoli, como sí lo hubo en España (Casa de Contratación de Sevilla, Consejo de Indias, Virreinatos, Audiencias, Capitanías Generales, Provincias, Gobernaciones y Corregimientos), sin embargo, había provocado el desarrollo de una intensa vida municipal en los Cabildos compuestos en su mayoría por criollos. Por ello, fueron los Cabildos los que hicieron la independencia y los que la proclamaron, iniciando el proceso el Cabildo de Caracas, el 19 de abril de 1810, al asumir el poder político autonómico. Y no podía ser otra la institución política colonial que asumiera en ese momento facultades soberanas, pues dentro del contexto histórico político, se trataba de cuerpos realmente representativos de los diversos estratos sociales libres que reflejaban legítimamente los derechos populares. Por ello, Venezuela, como República independiente, tuvo su origen en un Cabildo representativo y participativo, por lo que en su estructuración política posterior, en las Constituciones Provinciales a partir de 1812, se reguló en forma detallada el Poder Municipal. En todo caso, desde 1811 se adoptó la forma federal del Estado que aún rige en nuestros días.

b. Los principios de la organización territorial del Estado del constitucionalismo revolucionario francés

Otro de los aportes del constitucionalismo revolucionario francés al constitucionalismo moderno fue el relativo a la organización territorial y a la autonomía local, que tuvo una influencia directa en el mundo y, particularmente, en Venezuela. En efecto, el Antiguo Régimen era un régimen político altamente centralizado, en el cual no había poderes locales. Los Intendentes eran la fuente única de poder en las Provincias, y las autoridades locales que podía haber, eran delegados del Intendente, sometidos a su control. No existía, por tanto, un poder municipal ni nada que se le pareciera.

Con motivo de las propuestas de reforma impositiva, en 1775, el Ministro Turgot había planteado establecer Municipalidades, pero ello no llegó a prosperar[134]. En cambio, la Revolución cambió la faz territorial de Francia, y por los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789, eliminó los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales, estableciendo una uniformización territorial general, al dividir el país en Departamentos, éstos en Distritos, los Distritos en Cantones y éstos en Comunas, que eran las municipalidades, creándose así el Poder Municipal. En cada villa, burgo o parroquia, entonces, se constituyó una municipalidad o una comuna,

134. Véase Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 1981, pp. 71 y ss.

generalizándose la institución municipal. Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título "La división del Reino", así:

> El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 Departamentos, cada Departamento en Distritos, cada Distrito en Cantones.

Por supuesto, esta reforma sólo duró cinco años, porque al tratar la Revolución de desmontar un sistema tan centralizado como el de la Monarquía Absoluta, en un sistema de división territorial donde se crearon más de 40.000 comunas o municipios con poderes locales propios, lo que hizo fue desquiciar el Estado, por lo que fue la propia Asamblea la que luego tuvo que retroceder en la creación del Poder Municipal. No hubo retroceso, sin embargo, en el número de entidades locales (comunas) que actualmente son 36.559.

Sin embargo, la idea del Poder Municipal penetró en América Latina, y en 1811, Venezuela recogió sus influencias, al igual que las de la Revolución americana, siendo como estaba constituido el nuevo Estado por Provincias aisladas, descentralizadas y con gran autonomía, que venían del esquema colonial español. La forma de unir políticamente aquellas Provincias en un sólo Estado, como se dijo, realmente era el esquema federal, por lo que Venezuela lo tomó del federalismo de los Estados Unidos para estructurar el nuevo Estado, en Provincias soberanas (equivalentes a los Estados miembros de la Federación).

Pero además, para organizar internamente a las Provincias, los constituyentes venezolanos tomaron el esquema territorial francés, pero no en el texto de la Constitución de 1811 que organizaba una "Confederación", sino en el de las Constituciones Provinciales. No se olvide que conforme a la Constitución de 1811, las Provincias eran "Estados Soberanos", correspondiéndoles disponer, en sus respectivas Constituciones, la organización territorial interna. Por tanto, una vez dictada la Constitución de 21 de diciembre de 1811, las Provincias comenzaron a dictar sus Constituciones regulándose, en ellas, la organización territorial del país.

Es de destacar, así, por ejemplo, el esquema territorial establecido en la "Constitución de la Provincia de Venezuela" (enero 1811)[135]; cuyo territorio comprendía el área central del país, y que dividió la Provincia en cinco Departamentos, los Departamentos en Cantones, los Cantones en Distritos y estableció Municipalidades en las Capitales de Distritos. Se creó así, en 1811, el Poder Municipal

135. Véase el libro *Las Constituciones Provinciales,* Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 61 y ss.

en la Constitución Provincial de Venezuela, con los aportes de la propia tradición municipal que provenía de la España Colonial. Sin embargo, desde el punto de vista de la organización territorial, el municipalismo venezolano puede considerarse que no tiene su origen en el español, sino más bien en la concepción francesa, que luego recogió España, con posterioridad, a partir de 1830.

D. El principio de la separación de poderes

a. El balance entre los poderes y el sistema presidencialista de gobierno del constitucionalismo norteamericano

En la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y previamente, en las distintas Constituciones de las antiguas colonias, el cuarto de los principios del constitucionalismo moderno fue el principio de separación orgánica de poderes, el cual fue expresado formalmente por primera vez dentro de la más ortodoxa doctrina de la época.

Por ejemplo, la primera de esas Constituciones, la de *Virginia* en 1776, estableció (Art. III):

> Los Departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, deberán estar separados y distintos, de manera que ninguno ejerza los poderes pertinentes a otro; ni persona alguna debe ejercer más de uno de esos poderes al mismo tiempo...

La Constitución norteamericana de 1787 no tiene norma similar dentro de su articulado, pero su principal objetivo fue, precisamente, organizar la forma de gobierno dentro del principio de separación de poderes, pero permitiendo diversas interferencias entre ellos, en un sistema de frenos y contrapesos y, particularmente, regulando los poderes del Ejecutivo en lo que fue una nueva forma de gobierno, el presidencialismo, como opuesto al parlamentarismo, y una configuración particular del Poder Judicial, nunca antes conocida en la práctica constitucional.

De Tocqueville se refirió en su libro a estos dos aspectos del principio. En relación al Poder Ejecutivo, inmediatamente puntualizó que en los Estados Unidos: "El mantenimiento de la forma republicana exigía que el representante del Poder Ejecutivo estuviese sometido a la voluntad nacional"; de ahí que, -dijo- "el Presidente es un magistrado efectivo... el único y sólo representante del Poder Ejecutivo de la Unión". Pero anotó, "...al ejercer ese poder, no es por otra parte completamente independiente".

Esa fue una de las particulares consecuencias del sistema de frenos y contrapesos de la separación de poderes adoptado en los Estados Unidos, pero

sin hacer al Poder Ejecutivo dependiente del Parlamento como en los sistemas de gobierno parlamentarios. Por ello, al comparar el sistema europeo de las Monarquías parlamentarias con el sistema presidencial de los Estados Unidos, De Tocqueville se refirió al importante papel que el Poder Ejecutivo jugaba en Norteamérica en contraste con la situación de un Rey constitucional en Europa. Un Rey constitucional, observó, "no puede gobernar cuando la opinión de las Cámaras Legislativas no concuerda con la suya". En el sistema presidencialista, contrariamente, la sincera ayuda del Congreso al Presidente "es sin duda útil, pero no es necesaria para la marcha del gobierno".

La separación de poderes y el sistema presidencialista de gobierno, en todo caso, fue seguido posteriormente en todas las Repúblicas latinoamericanas, después de la Independencia o después de la experiencia de gobiernos monárquicos, como los que hubo en algunos países. Pero el principio de la separación de poderes había sido un producto de los ideólogos del absolutismo, al propugnar la limitación del poder público ilimitado del Monarca (p.e. Locke, Montesquieu, Rousseau). Recordemos sólo, las palabras de Monstesquieu:

> Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de notables, o de nobles, o del pueblo, ejercieran estos tres poderes el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar las exigencias o las diferencias de los particulares.

Por ello, agregaba,

> los Príncipes que han querido convertirse en despóticos han comenzado siempre por reunir en su persona todas las magistraturas....
>
> Estas tres potencias deberían -además- formar un reposo o una inacción. Pero como por el movimiento necesario de las cosas, ellas deben andar, ellas estarían forzadas de andar concertadamente[136].

A esta concepción de la división del poder se va a agregar, posteriormente, el postulado de Rousseau sobre la Ley como expresión de la voluntad general, y la exigencia del sometimiento del Estado a la Ley que el mismo produce. De allí surgió el principio de la supremacía del Poder Legislativo sobre los otros poderes, como piedra angular del Derecho Público y de sus secuelas contemporáneas: el principio de la legalidad y el Estado de Derecho.

Los escritos de Locke, Montesquieu y Rousseau, conformaron todo el arsenal histórico político que permitió la reacción contra el Estado absoluto y

136. Véase Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Tunc de., París, 1949, Vol. I. Las citas del texto son tomadas de esta edición.

su sustitución por el Estado de Derecho, como garantía de la libertad, lo cual se concretó en las Constituciones de las antiguas colonias inglesas a partir de 1776 y luego, en la Constitución norteamericana de 1787, al regular la distribución horizontal del poder, convertido en uno de los pilares básicos del constitucionalismo moderno.

Fue bajo la inspiración de estos principios que se redactó la Constitución de 1811, en la cual se consagró expresamente la división del Poder Supremo en tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial "confiado a distintos cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades" (Preámbulo), configurándose un sistema de gobierno presidencial.

b. El principio de la separación de poderes en el constitucionalismo francés

La idea de la separación de poderes, debido a la formulación teórica de Locke y Montesquieu, como se ha dicho, fue expresada constitucionalmente, por primera vez, en las Constituciones de las Colonias americanas de 1776, y luego imbuida en el texto de la Constitución norteamericana de 1787. El principio de la separación de poderes, además, en Francia, fue materialmente el motivo fundamental de la Revolución, al punto de que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se incluyó, en el artículo XVI, la famosa proposición de que:

> Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.

Por lo tanto, en los artículos de la Constitución que siguieron a la Declaración de 1789, como primer acto constitucional revolucionario, se establecieron expresamente las consecuencias del principio, al establecer que "El Poder Legislativo reside en la Asamblea Nacional" (Art. 8); que "El Poder Ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey" (Art. 16), no pudiendo este poder "hacer ninguna ley" (Art. 17); y que "El Poder Judicial no podrá en ningún caso, ser ejercido por el Rey, ni por el cuerpo legislativo" (Art. 17).

Este principio de la separación de poderes, de la esencia del proceso revolucionario francés, fue incorporado en forma expresa en la Constitución de 1791 en la cual se precisó (Título III):

> 3. El Poder Legislativo es delegado a una Asamblea Nacional, compuesta de representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que se determina en esta Constitución.

4. El gobierno es monárquico: el Poder Ejecutivo es delegado en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad, por los Ministros y otros agentes responsables, de la manera que se determina en esta Constitución.

5. El Poder Judicial es delegado a los jueces electos temporalmente por el pueblo.

Sin embargo, en el sistema francés de separación de poderes de 1791, se estableció un claro predominio del Poder Legislativo. Por ello, el Rey no podía ni convocar, ni suspender ni disolver la Asamblea; solo tenía un poder de veto, sólo de suspensión, pero no tenía iniciativa, aún cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable. Sólo los ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados.

El principio de la separación de poderes, por supuesto, como hemos dicho, también influyó en el constitucionalismo venezolano, pero no conforme a la interpretación extrema francesa, sino conforme a la modalidad adoptada en los Estados Unidos, y que se expresó en las Constituciones de las Colonias de 1776, de las cuales proviene la siguiente expresión del Preámbulo de la Constitución de 1811:

> El ejercicio de la autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades.

Sin embargo, el principio de la separación de poderes no se concibió como el establecimiento de compartimientos estancos, sino conforme a un sistema de pesos, contrapesos, e interferencias constitucionales radicalmente distintos al sistema francés. En particular, entre ellas, resulta necesario destacar el papel del Poder Judicial en el control de los otros poderes respecto de su adecuación a la Constitución, y a la vigencia de la garantía objetiva de la Constitución, conforme a la influencia recibida del constitucionalismo americano.

c. *El principio de la supremacía de la Ley del constitucionalismo francés*

La Revolución francesa estuvo signada por el principio de la supremacía del legislador, que representaba a la Nación. Al haber el *Tercer Estado*

controlado la Asamblea Nacional en 1789, ésta se convirtió en representante todopoderosa de la Nación. De allí que de acuerdo al postulado roussoniano de que la "ley es expresión de la voluntad general", habiendo la Asamblea asumido carácter de poder constituyente al momento de la Revolución, en la Constitución de 1791 se estableció que:

> No hay en Francia una autoridad superior a la de la ley. El Rey no reina sino por ella, y es en nombre de la Ley que él puede exigir obediencia (Art. 1, Cap. II, Título III).

La ley, entonces, como "expresión de la voluntad general" según lo indicó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Art. 6), adquirió en el constitucionalismo francés un rango superior, consecuencia de la primacía del propio Poder Legislativo.

Pero además, desde el punto de vista sustantivo, el principio de la supremacía de la Ley se fundó sobre el de su generalidad, lo que a la vez fue garantía de la igualdad, uno de los postulados básicos de la Revolución. Las leyes de libertad, que tenían por objeto hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social, fueron el instrumento de la Asamblea contra los privilegios que fueron abolidos.

En todo caso, siendo la ley expresión de la voluntad general, se consagró el derecho de todos los ciudadanos de "concurrir personalmente o por sus representantes" a la formación de la ley (Art. IV).

La concepción de la ley como expresión de la voluntad general, fue recogida expresamente en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811, al establecer que:

> La ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pueblo elige para que representen sus derechos (Art. 3 Segunda Sección).

Asimismo, en el texto de la Constitución de 1811 se estableció:

> La ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicadas por el órgano de sus representes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común y ha de proteger la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia (Art. 149).

La Constitución de 1811, sin embargo, no siguió el postulado tan radical de la supremacía de la ley, y en cambio, formuló el principio de la supremacía

constitucional al declarar como "absolutamente nulas y sin ningún valor" las leyes contrarias a los derechos fundamentales (Art. 199); y en general, al considerar sin "ningún valor" las leyes contrarias a la Constitución, la cual se declaró como la "Ley Suprema del Estado" (Art. 227).

d. El papel del Poder Judicial y el control de la constitucionalidad de las leyes del constitucionalismo norteamericano

Pero entre las instituciones constitucionales nacidas en Norteamérica, la que tal vez tuvo la más distinguida originalidad, ha sido el papel asignado al Poder Judicial en el sistema de separación de poderes. Esto es cierto incluso en los tiempos presentes, y era así cuando De Tocqueville visitó Norteamérica. Por ello dedicó un capítulo aparte en su libro *Democracia en América,* al estudio del poder de los jueces y a su importancia política, comenzando con esta afirmación:

> Ha habido confederaciones fuera de Norteamérica; se han visto repúblicas en otros lugares además las del Nuevo Mundo; el sistema representativo es adoptado en varios estados de Europa; pero no creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la misma manera que los norteamericanos.

Ahora bien, tres aspectos de la organización y funcionamiento del Poder Judicial pueden ser considerados como una contribución fundamental de Norteamérica al derecho constitucional: El rol político de los jueces; la institución de una Corte Suprema; y el sistema de control judicial de la legislación. Todos estos tres aspectos fueron observados por De Tocqueville.

El control judicial de la constitucionalidad, por otra parte, está esencialmente relacionado con la forma federal del Estado, como un medio de controlar invasiones e interferencias no autorizadas entre los poderes descentralizados del Estado. Precisamente por ello, en todos los países de América Latina con forma de Estado federal, ese control judicial de la legislación fue inmediatamente establecido bajo la influencia norteamericana, un siglo antes de las primeras experiencias de Europa continental en la materia.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1811, al establecer expresamente en su texto el principio de la supremacía constitucional y la garantía objetiva de la Constitución (Art. 199 y 227) -lo que en los Estados Unidos había sido creación de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de 1803- abrió paso al desarrollo futuro del control de la constitucionalidad de las leyes, establecido como sistema mixto, a la vez difuso y concentrado, desde el siglo pasado.

E. La declaración de los derechos y libertades fundamentales

La sexta contribución más importante del constitucionalismo norteamericano al derecho constitucional moderno, fue la práctica de establecer declaraciones formales y escritas de derechos y libertades fundamentales del hombre. Como hemos dicho, la primera declaración moderna de este tipo, sin duda, adoptada bajo la influencia de las declaraciones inglesas del siglo XVII, fue dictada en las Colonias norteamericanas el mismo año de la Declaración de la Independencia, siendo en ese sentido famosa, la Declaración de Derechos de *Virginia* de 1776.

Estas declaraciones de derechos del hombre, sin duda, pueden considerarse en la época, como un fenómeno nuevo en la historia constitucional, particularmente, porque no estuvieron basadas en la *common law* o en la tradición como lo fue el *Bill of Rigths* de 1689, sino en la naturaleza humana. Por ello, puede decirse que lo que se declaró a partir de 1776, fueron *derechos naturales* del pueblo, declarados políticamente por los nuevos poderes constituyentes de las Colonias, como un límite a los poderes del Estado.

A pesar de que, como también hemos dicho, la Constitución de 1787 no incluyó un *Bill of Rigths* en sus artículos, lo cual suscitó muchas objeciones durante la Convención, esta falla condujo a la aprobación dos años más tarde, de las diez primeras Enmiendas de la Constitución (1789), pero añadiendo el concepto de derechos, como derechos naturales del hombre establecidos en la Declaración de Independencia de 1776. Ambas, tal Declaración y las Enmiendas, influenciaron todas las declaraciones formales y escritas de derechos humanos que fueron adoptadas más tarde, particularmente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789), y a través de esta última, las declaraciones latinoamericanas, hasta el presente, cuando estas declaraciones han sido internacionalizadas.

En particular, este aporte fundamental al constitucionalismo derivado de la proclamación de derechos naturales del hombre (no sólo de los franceses), tuvo sus repercusiones inmediatas en Venezuela, donde la Sección Legislativa de la Provincia de Venezuela del Congreso General, el 1° de julio de 1811, adoptó la *"Declaración de Derechos del Pueblo"*, incluso, antes de la firma del Acta de la Independencia el 5 de julio de 1811.

Se trató de la primera declaración de derechos fundamentales con rango constitucional, adoptada luego de la Revolución Francesa, en la historia del

constitucionalismo moderno, con lo cual se inició una tradición constitucional que ha permanecido invariable en Venezuela.

El texto de la Declaración de 1811, fue luego recogido y ampliado en el Capítulo de los "Derechos reconocidos en la República" de la Constitución de 1811, cuyo contenido puede decirse, que fue la traducción de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que precedió la Constitución francesa de 1793, y que, como se ha dicho, llegó a Venezuela antes de 1797, a través de José María Picornell y Gomilla. Ese texto fue el que, catorce años después, sirvió para la redacción de la Declaración de Derechos del Pueblo de 1811 y luego para el Capítulo respectivo de la Constitución de 1811.

En ese texto, sin embargo, se incorporó una novedosa norma que no encuentra antecedentes ni en los textos constitucionales norteamericanos ni franceses, y es la que contiene la "garantía objetiva" de los derechos, y que declara "nulas y de ningún valor" las leyes que contrariaran la declaración de derechos, de acuerdo a los principios que ya se habían establecido en la célebre sentencia *Marbury contra Madison*, de 1803, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

IV. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE DICIEMBRE DE 1811

Pero el proceso constituyente venezolano y la adopción de los principios del constitucionalismo moderno no concluyeron con la sanción de la Constitución de 1811, sino que continuaron en la sanción de otras constituciones Provinciales con posterioridad.

En efecto, la Constitución Federal para los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, al regular el Pacto Federativo, dejó claramente expresado que las Provincias conservaban su Soberanía, Libertad e Independencia, y que:

> en uso de ellas tendrán el derecho exclusivo de arreglar su gobierno y administración territorial bajo las leyes que crean convenientes, con tal que no sean de las comprendidas en esta Constitución ni se opongan o perjudiquen a los Pactos Federativas que por ella se establecen.

En virtud de ello, las Provincias conservaron la potestad ya ejercida por algunas con anterioridad en el marco de la Confederación que se formaba, para dictar sus Constituciones.

De estas Constituciones Provinciales dictadas después de la promulgación de la Constitución Federal, se conocen las de las Provincias de Barcelona y la de Caracas. La primera puede decirse que ya estaba redactada cuando se promulgó la Constitución Federal. La segunda, se adaptó más a lo que los redactores de ésta pensaban de lo que debía ser una Constitución Provincial en el seno de la Federación que se estaba conformando; era precisamente la "Constitución modelo" que se había elaborado para las Provincias[137].

1. La "Constitución Fundamental de la República de Barcelona Colombiana" de 12-1-1812

A los pocos días de promulgada la Constitución Federal del 21 de diciembre de 1811, el pueblo barcelonés, por la voz de sus Asambleas Primarias, por la de sus Colegios Electorales y por la de sus funcionarios soberanos, proclamó la "Constitución fundamental de la República de Barcelona Colombiana"[138], verdadero Código Constitucional de 19 títulos y 343 artículos.

Este texto fue redactado por Francisco Espejo y Ramón García de Sena[139], y por ello tiene gran importancia histórica, pues este último, como hemos dicho, tuvo un papel importante en el constitucionalismo hispanoamericano, como traductor de las obras de Thomas Paine.

En todo caso, su firma aparece al final de la Constitución, como Ministro del nuevo gobierno de Barcelona.[140] Por ello, debe presumirse, que para enero de 1811, García de Sena ya tenía preparada su traducción y de allí la influencia que los textos franceses y norteamericanos tuvieron en la Constitución Provincial de Barcelona, sin dejar de mencionar el texto de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1977, de Picornell.

El *Título Primero* de la Constitución contiene los "Derechos de los habitantes de la República de Barcelona Colombiana," y sus 38 artículos son copia casi exacta de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, correspondiendo a Francisco Espejo la redacción de este Título[141].

---

137. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Tomo I, Instituciones Políticas y Constitucionales, op. cit.*, pp. 280 y ss.

138. Véase en *Las Constituciones Provinciales, op. cit.*, pp. 151 y ss.

139. Véase Angel Francisco Brice, "Estudio Preliminar" al libro *Las Constituciones Provinciales, op. cit.*, p. 39.

140. *Idem*,.nota 2.

141. *Idem*, p. 150, nota 1.

El Título termina con la proclamación del principio de la separación de poderes entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a la usanza de las Declaraciones de las Colonias norteamericanas, así:

> 38. Siendo la reunión de los poderes el germen de la tiranía, la República declara que la conservación de los derechos naturales y civiles del hombre, de la libertad y tranquilidad general, depende esencialmente de que el Poder Legislativo jamás ejerza el Ejecutivo o Judicial, ni aún por vía de excepción. Que el ejecutivo en ningún caso ejerza el legislativo o Judicial y que el Judicial se abstenga de mezclarse en el Legislativo o Ejecutivo, conteniéndose cada uno dentro de los límites que les prescribe la Constitución, a fin de que se tenga el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres.

El *Título Segundo* estaba destinado a regular la organización territorial de la "República de Barcelona", como única e indivisible (Art. 1), pero dividida en cuatro Departamentos (Art. 2), los cuales comprendían un número considerable de pueblos, en los cuales debía haber una magistratura ordinaria y una parroquia para el régimen civil y espiritual de los ciudadanos (Art. 3).

El *Título Tercero* reguló a los "ciudadanos", con una clasificación detallada respecto de la nacionalidad, siendo los Patricios, los ciudadanos barceloneses, es decir: "los naturales y domiciliados en cualesquiera de los Departamentos del Estado, bien procedan de padres originarios de la República de extranjeros". Se reguló detalladamente al *status* de los extranjeros.

El *Título Cuarto,* se refirió a la soberanía con normas como las siguientes: "la soberanía es la voluntad general unida al poder de ejecutarla"; ella "reside en el pueblo; es una, indivisible, inalienable e imprescriptible; pertenece a la comunidad del Estado; ninguna, sección del pueblo; ni individuo alguno de éste puede ejercerla". "La Constitución barcelonesa es representativa. Los representantes son las Asambleas Primarias: los Colegios Electorales y los Poderes Supremos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial". "El gobierno que establece es puramente popular y democrático en la rigurosa significación de esta palabra".

El *Título Quinto* reguló en detalle las Asambleas Primarias y sus facultades, y las condiciones para ser elector y el acto de votación. Estas Asambleas Primarias debían ser convocadas por las Municipalidades, y su objeto era "constituir y nombrar entre los parroquianos un determinado grupo de electores que concurran a los Colegios Electorales a desempeñar sus funciones".

El *Título Sexto*, por su parte, reguló a los "Colegios Electorales y sus facultades". Correspondía a los Colegios Electorales la elección de los funcionarios de la Sala de Representantes y de los Senadores de la Legislatura Provincial; la elección del Presidente y Vice-Presidente del Estado; los miembros de la Municipalidad en cada Departamento; y las Justicias Mayores y Jueces de Paz.

El *Título Séptimo* se refería al Poder Legislativo, el cual "se deposita en una Corte General nombrada de Barcelona, compuesta de dos Cámaras, la una de Representantes, y la otra de Senadores". En este Título se reguló extensamente el régimen de elección de los miembros de dichas Cámaras, su funcionamiento, facultades comunes y privativas, régimen parlamentario y el procedimiento de formación de las leyes. Entre las funciones que se asignaban a esta Corte General, además de dictar leyes, se precisó que bajo este nombre general de ley se comprendían los actos concernientes a "la formación de un Código Civil, Criminal y Judicial, en cuya ampliación ocupará principalmente sus atenciones".

El *Título Octavo* reguló el Poder Ejecutivo, a cargo del Presidente de la República de Barcelona, sus condiciones, atribuciones y poderes.

El *Título Noveno* reguló todo lo concerniente al Vicepresidente como suplente del Presidente.

El *Título Décimo* se refirió al "Poder Judicial". Allí se reguló el Poder Judicial Supremo confiado a un Tribunal de Justicia, con sus competencias en única instancia y en apelación, y sus poderes de censura de la conducta y operaciones de los Jueces ordinarios.

El *Título Undécimo*, reguló a las "Municipalidades", con la precisión de que "En cada una de las cuatro ciudades actualmente existentes en el territorio de la República (Barcelona, Aragua, Pao y San Diego de Cabrutica) y en todas las demás ciudades y villas que en adelante se erigieren, habrá un cuerpo municipal compuesto de dos corregidores de primera y segunda nominación y seis regidores". Según la votación obtenida en su elección, el Regidor que hubiere obtenido mayor número de votos era considerado como Alguacil Mayor, el que más se le acercaba, como Fiel Ejecutor y el que menos, Síndico General. Correspondía a la Municipalidad el Registro Civil y la Policía.

El *Título Duodécimo* reguló a las "Justicias Mayores", que a la vez que jueces de policía en las ciudades, villas y pueblos, eran los Presidentes

natos de la Municipalidad y Jueces Ordinarios de Primera Instancia en las controversias civiles y criminales.

El *Título Décimotercero* reguló a los "Jueces de Paz" con competencia para "trazar y componer las controversias civiles de los ciudadanos antes que las deduzcan en juicio, procurándoles cuantos medios sean posibles de acomodamiento entre si".

El *Título Decimocuarto* estaba destinado a regular el "culto", estableciéndose a la Religión Católica y Apostólica como "la única que se venera y profesa públicamente en el territorio de la República, y la que ésta protege por sus principios constitucionales". El Obispo, conforme a este Título, se elegía en la misma forma que se elegía al Presidente del Estado, con la única diferencia de que en los Colegios Electorales tendrían voto los eclesiásticos.

El *Título Decimoquinto* reguló la "Fuerza Pública".

El *Título Decimosexto* reguló la "Hacienda".

El *Título Decimoséptimo* reguló la "sanción del Código Constitucional".

El *Título Decimoctavo,* estableció el régimen de "Revisión del Código Constitucional".

El *Título Decimonoveno*, el régimen del "juramento constitucional".

2. La "Constitución para el gobierno y administración interior de la Provincia de Caracas" del 31-1-1812

Apenas instalado el Congreso General, en marzo de 1811, como ya se indicó, se había designado una comisión de diputados para redactar la Constitución de la Provincia de Caracas; para que sirviera de modelo a las demás de la Confederación.

El trabajo no pudo hacerse rápidamente, por lo que no sólo muchas Provincias dictaron, antes y después, sus cartas constitucionales, sino que incluso, la Sección Legislativa del Congreso General establecida para la Provincia de Caracas dictó, el 1 de julio de 1811, la Declaración de Derechos del Pueblo.

Esta misma Sección Legislativa sólo concluyó su tarea de redactar la Constitución Provincial luego de la sanción de la Constitución Federal,

aprobándose un texto de 328 artículos agrupados en catorce capítulos destinados, como la indica su Preámbulo, a regular el gobierno y administración interior de la Provincia.

Más que la Constitución de una "República" soberana, como había sido el caso de la Constitución Provincial de Barcelona, este texto se acomoda al que correspondía a una Provincia en el marco de una Confederación. Por ello, la Constitución Provincial de Caracas hizo especial énfasis en la necesidad de "organizar equitativamente la distribución y la representación del pueblo en la legislatura provincial[142].

El *Capítulo Primero* se refiere a la "Religión" declarándose que "la Religión Católica, Apostólica y Romana que es la de los habitantes de Venezuela hace el espacio de tres siglos, será la única y exclusiva de la Provincia de Caracas, cuyo gobierno la protegerá". (Art. 1) .

El *Capítulo Segundo* reguló detalladamente "la división del territorio". Allí se precisó que "el territorio de la Provincia de Caracas se dividirá en Departamentos, Cantones y Distritos" (Arts. 2 a 4). Los Distritos debían ser un territorio con más o menos 10.000 habitantes y los Cantones, con más o menos 30.000 habitantes (Art. 5). Los Departamentos de la Provincia eran los siguientes: Caracas, San Sebastián, los Valles de Aragua, (capital La Victoria), Barquisimeto y San Carlos (Art. 6), y en la Constitución se precisó al detalle cada uno de los Cantones que conforman cada Departamento, y sus capitales (Arts. 7 a 11); así como cada uno de los Distritos que conforman cada Cantón, con los pueblos y villas que abarcaban (Arts. 12 a 23).

El *Capítulo Tercero* estaba destinado a regular "los sufragios parroquiales y congregaciones electorales", es decir, el sistema electoral indirecto en todo detalle, en relación a la forma de las elecciones y a la condición del elector, (Arts. 24 a 30). Por cada mil almas de población en cada parroquia debía haber un elector (Art. 31). Los Electores, electos en los sufragios parroquiales, formaban en cada Distrito, Congregaciones Electorales (Art. 32). También debían elegirse electores para la escogencia en cada parroquia de los agentes municipales (Art. 24). Estas congregaciones electorales eran las que elegían los Representantes de la Provincia para la Cámara del gobierno federal; a los tres miembros del Poder Ejecutivo de la Unión; al Senador o Senadores por el Distrito; para la Asamblea General de la Provincia; al representante por el Distrito, para la Cámara del Gobierno Provincial; y al elector para la

142. Véase en *Las Constituciones Provinciales, op. cit.*, pp. 63 y ss. .

nominación del Poder Ejecutivo de la Provincia (Art. 33). Los Electores electos en cada Distrito, para la elección del Poder Ejecutivo, formaban las Juntas Electorales que reunidas en la capitales de Departamentos; debían proceder a la nominación (Art. 49).

El *Capítulo Cuarto* estaba destinado a regular a las "Municipalidades". Sus miembros y los agentes municipales, se elegían por los electores escogidos para tal fin en cada parroquia (Art. 24 y 59). La Constitución, en efecto, estableció que en cada parroquia debía elegirse un agente municipal (Art. 65) y que los miembros de las municipalidades también debían elegirse (Art. 67). El número de miembros de las Municipalidades variaba, de 24 en la de Caracas, dividida en dos cámaras de 12 cada una (Art. 90); 16 miembros en las de Barquisimeto, San Carlos, La Victoria y San Sebastián (Art. 92); y luego de 12, 8 y 6 miembros según la importancia y jerarquía de las ciudades (Arts. 91 a 102). Las Municipalidades capitales de Distrito debían llevar el Registro Civil (Art. 70), y se les atribuían todas las competencias propias de vida local en una enumeración que cualquier ley municipal contemporánea envidiaría (Art. 76). La Municipalidad gozaba "de una autoridad puramente legislativa" (Art. 77) y elegía los Alcaldes (Art. 69) que eran las autoridades para la administración de justicia, y proponían al Poder Ejecutivo los empleos de Corregidores (Art. 69 y 217) que eran los órganos ejecutivos municipales. En ellas tenían asiento, voz y voto, los agentes municipales que debían ser electos en cada parroquia (Arts. 65 y 103).

El *Capítulo Quinto* reguló al "Poder Legislativo" de la Provincia, que residía en una Asamblea General compuesta por un Senado y una Cámara de Representantes (Art. 130). En detalle, el texto reguló su composición, funcionamiento, poderes y atribuciones y el sistema de elección de sus miembros (Arts. 230 a 194).

El *Capítulo Sexto* reguló el "Poder Ejecutivo" de la Provincia que residía en 3 individuos electos por los Electores de cada Distrito (Arts. 195 y 196). Se reguló la forma de elección y las condiciones de elegibilidad de los miembros del Poder Ejecutivo (Arts. 196 a 207) , así como sus atribuciones (Arts. 308 a 233).

El *Capítulo Séptimo* estaba destinado al "Poder Judicial", en el cual se dispuso que se conservaba provisionalmente la organización del mismo que existía (Art. 234) y que a nivel inferior era administrado, además de por Jueces de Primera Instancia, por los Alcaldes y Corregidores con apelación ante las Municipalidades (Art. 240 a 250). En las materias civiles

y criminales sin embargo, se estableció que la justicia sería administrada por dos Cortes Supremas de Justicia (Art. 259) y por los Magistrados inferiores de primera instancia antes indicados (Art. 235). En cada Departamento se establecieron Tribunales Superiores (Art. 251) y en general se establecieron normas de procedimiento judicial relativas al juicio verbal, que se estableció cómo norma general (Art. 240).

Los *Capítulos Octavo y Noveno* se refirieron a la "elección de los Senadores para el Congreso General y su remoción", así como de los Representantes (Arts. 275 a 280).

El *Capítulo Diez* se refirió al "Fomento de la literatura" donde se reguló al Colegio y Universidad de Caracas (Art. 281) y el fomento de la cultura (Art. 282).

Los *Capítulos Once y Doce* estaban destinados a regular la revisión y reforma de la Constitución (Arts. 283 a 291) y su sanción o ratificación (Art. 292 a 259).

El *Capítulo Trece*, indicó que "se acuerdan, declaran, establecen y se dan por insertos literalmente en esta Constitución los derechos del hombre que forman el Capítulo Octavo de la Federal, los cuales están obligados a observar, guardar y cumplir todos los ciudadanos de este Estado" (Art. 296).

El *Capítulo Catorce* contenía una serie de "Disposiciones Generales", donde se regulaban, en general, otros derechos de los ciudadanos así como deberes (Arts. 297 a 234), concluyéndose con la formulación expresa de la garantía objetiva de la Constitución, en el sentido de que "las leyes que se expidieren contra el tenoı de ella no tendrán valor alguno sino cuando, hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción (de la Constitución)" (Art. 325).

Este texto constitucional concluyó con una "Despedida" de la "Sección Legislativa de Caracas, dirigida a los habitantes de la Provincia", al terminar sus sesiones y presentar la Constitución Provincial en la cual se hace un recuento del proceso de conformación institucional de la Confederación y del Gobierno Federal hasta ese momento, justificándose la propuesta de formar una "Sesión legislativa provisoria para Caracas" del Congreso General, compuesta con la separación de sus diputados al mencionado Congreso General, la cual tuvo a su cargo la elaboración del texto constitucional provincial[143].

143. Véase en *Las Constituciones Provinciales*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

CONCLUSIÓN: LAS VICISITUDES CONSTITUCIONALES DURANTE LAS GUERRAS DE INDEPENDENCIA EN VENEZUELA A PARTIR DE 1812 Y LA AUSENCIA DE INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN EL CONSTITUCIONALISMO VENEZOLANO

Como se dijo, la Constitución Federal para los Estados de Venezuela se sancionó el 21 de diciembre 1811 con la cual se constituyó, definitivamente, un Estado nuevo e independiente de España, que desconoció a las propias Cortes de Cádiz muchos meses antes de la sanción de la Constitución gaditana de 1812. Sin embargo, ello no significó la renuncia de España y de los realistas locales al control político de la antigua Capitanía General de Venezuela. Algunas Provincias de ésta como Maracaibo y Guayana y la ciudad de Coro, habían desconocido la legitimidad del gobierno de Caracas, reconociendo el gobierno de la Regencia, y en muchas ciudades de la Confederación recién nacida se produjeron insurrecciones realistas.

En febrero de 1812, dos meses después de sancionada la Constitución, el Comandante General del Ejercito de Su Majestad Católica y quien luego asumiría el título de Capitán General de las Provincias de Venezuela, Domingo de Monteverde, desembarcó en Coro e inició la campaña de recuperación realista de la República.

Las antiguas formas institucionales de la Colonia, sin duda, habían comenzado a ser sustituidas, por las nuevas instituciones republicanas establecidas en cada una de las Provincias, reguladas en las Constituciones Provinciales y, a nivel federal (nacional) conforme a la Constitución de diciembre de 1811. Pero todo ello quedó a medio hacer, pues apenas se instaló el gobierno republicano en la capital Valencia, el 1 de marzo de 1812, la reacción realista, se comenzó a sentir con el Capitán de fragata Domingo de Monteverde a la cabeza, lo que fue facilitado por los efectos devastadores del terremoto que desoló a Caracas el 24 del mismo mes de marzo de 1812, que los Frailes y el Arzobispo de Caracas atribuyeron a un castigo de Dios por la revolución de Caracas[144].

La amenaza de Monteverde y la necesidad de defender la República, llevaron al Congreso, el 4 de abril de 1812, a delegar en el Poder Ejecutivo todas las facultades necesarias[145], y éste, el 23 de abril de 1812, nombró como Generalísimo a Francisco de Miranda, con poderes dictatoriales.

---

144. Véase J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo III, pp. 614 y ss.

145. Véase *Libro de Actas del Congreso de Venezuela 1811-1812*, Biblioteca de la Academia Nacional dé la Historia, Tomo II,. Caracas, 1959, pp. 397 a 399.

En esta forma la guerra de independencia, obligó, con razón, a dejar de un lado la Constitución. Fue así como el Secretario de Guerra, José de Sata y Bussy, le comunicó al Teniente General Francisco de Miranda, en correspondencia dirigida ese mismo día 23 de abril de 1812 que:

> Acaba de nombraros el Poder Ejecutivo de la Unión, General en Jefe de las armas de toda la Confederación Venezolana, con absolutas facultades para tomar cuantas providencias juzguéis necesarias a salvar nuestro territorio invadido por los enemigos de la libertad colombiana; y bajo este concepto, no os sujeta ley alguna ni reglamento de los que hasta ahora rigen estas Repúblicas, sino que al contrario, no consultaréis más que la Ley suprema de salvar la patria; y a este efecto os delega el Poder de la Unión sus facultades naturales y las extraordinarias que le confirió la representación nacional por decreto de 4 de este mes, bajo vuestra responsabilidad[146].

En la sesión del 04-04-12, se había acordado que "la medida y regla" de las facultades concedidas al Poder Ejecutivo fuera la salud de la Patria; y que siendo esa la suprema ley, "debe hacer callar las demás"[147]; pero a la vez, se acordó participar a las "Legislaturas Provinciales" la vigencia de la Constitución Federal sin perjuicio de las facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo[148].

El Congreso, el 04-04-12, además, había exhortado a las mismas "Legislaturas provinciales" que obligaran y apremiasen a los diputados de sus provincias a que sin excusa ni tardanza alguna se hallaren en la ciudad de Valencia para el 05-07-12, para determinar lo que fuera más conveniente a la causa pública[149]. Esta reunión nunca se pudo realizar.

En esta forma, en nuestra historia constitucional, a los pocos meses de sancionada la Constitución de 1811, por la necesidad de salvar la República, se produjo la primera ruptura del hilo constitucional. La dictadura duró poco, pues el 25 de julio de 1812 se produjo la Capitulación de Miranda y la aceptación, mediante un Armisticio, de la ocupación del territorio de la provincia de Caracas por Monteverde[150].

---

146. Ver *Archivo del General Miranda,* Tomo XXIX, La Habana, 1950, pp. 396 y 397. Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela,* Madrid, 1985, pp. 207 y ss.

147. Véase *Libro de Actas del Congreso de Venezuela..., op. cit.,* pág. 398

148. *Idem,* p. 400

149. *Ibidem,* pág. 398-399

150. Véase los documentos en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* pp. 679 y ss. Además, en José de Austria, *Bosquejo de la Historia Militar de Venezuela,* Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Tomo I, Caracas 1960, pp. 340 y ss. (José de Austria fue contemporáneo del proceso de Independencia; había nacido en Caracas en 1791).

El coronel Simón Bolívar, quien tenía a su cargo la plaza militar de Puerto Cabello, la perdió y, a mediados de julio antes de la Capitulación, comunicó los sucesos a Miranda. Entre las múltiples causas de la caída de la Primera República está, sin duda, la pérdida de Puerto Cabello. Monteverde desconoció los términos del Armisticio, y como consecuencia Miranda fue detenido a comienzos de agosto y Bolívar logró salir de La Guaira, a fines de agosto, hacia Curazao y luego a Cartagena.

Fue el 3 de diciembre de 1812 cuando se publicó en Caracas la Constitución de Cádiz, la cual no tuvo aplicación alguna. La misma, como es sabido, incluso en la Península había tenido aplicación limitada pues el país seguía en gran parte ocupado por los franceses y el Rey permanecía ausente; y cuando regresó, en 1814, fue para desconocer la soberanía de las Cortes de Cádiz y terminar derogando el texto constitucional.

Para la publicación en Venezuela de la Constitución, el Capitán General Fernando Mijares le había remitido a Monteverde, desde Puerto Cabello, el 13 de agosto de 1812, 20 ejemplares del texto, con las correspondientes órdenes y disposiciones de las Cortes, para su publicación y observancia[151]. Sobre la publicación de la Constitución, el mismo Monteverde informó al gobierno de la Metrópoli sobre la desaplicación de su texto, así:

> ...si publiqué la Constitución, fue por un efecto de respeto y obediencia, no porque consideré a la provincia de Venezuela merecedora todavía de que participase de los efectos de tan benigno código[152].

De estos acontecimientos, por lo demás, dio cuenta Simón Bolívar en su documento "Exposición suscinta de los hechos del Comandante español Monteverde, durante el año de su donación en las Provincias de Venezuela" de fecha 20 de septiembre de 1813:

> Pero hay un hecho, que comprueba mejor que ninguno la complicidad del Gobierno de Cádiz. Forman las Cortes la constitución del Reino, obra por cierto de la ilustración, conocimiento y experiencia de los que la compusieron. La tuvo guardada Monteverde como cosa que no importaba, o como opuesta a sus ideas y las de sus consejeros. Al fin resuelve publicarla en Caracas. La publica ¿y para qué? No sólo para burlarse de ella, sino para insultarla y contradecirla con hechos enteramente contrarios. Convida a todos, les anuncia tranquilidad, les indica que se ha presentado el arca de paz, concurren los inocentes

151. Véase José de Austria, *Bosquejo de la Historia militar...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 364.
152. *Idem*, Tomo I, p. 370.

> vecinos, saliendo muchos de las cavernas en que se ocultaban, le creen de buena fe y, como el fin era sorprender a los que se le habían escapado, por una parte se publicaba la Constitución española, fundada en los santos derechos de libertad, propiedad y seguridad, y por otra, el mismo día, andaban partidas de españoles y canarios, prendiendo y conduciendo ignominiosamente a las bóvedas, a los incautos que habían concurrido a presenciar y celebrar la publicación.
>
> Es esto un hecho tan notorio, como lo son todos los que se han indicado en este papel, y se explanarán en el manifiesto que se ofrece. En la provincia de Caracas, de nada vale la Constitución española; los mismos españoles se burlan de ella y la insultan. Después de ella, se hacen prisiones sin sumaria información; se ponen grillos y cadenas al arbitrio de los Comandantes y Jueces; se quita la vida sin formalidad, sin proceso...[153]

En Venezuela, por tanto, la situación era de orden fáctico pues el derrumbamiento del gobierno constitucional fue seguido, en paralelo, por el desmembramiento de las instituciones coloniales. Por ello, Monteverde durante toda su campaña en Venezuela en 1812 y 1813, había desconocido la exhortación que habían hecho las Cortes de Cádiz, en octubre de 1810, sobre la necesidad de que en las provincias de Ultramar donde se hubiesen manifestado conmociones (sólo era el caso de Caracas), si se producía el "reconocimiento a la legítima autoridad soberana" establecida en España, debía haber "un general olvido de cuanto hubiese ocurrido indebidamente"[154]. La reacción de los patriotas contra la violación por Monteverde de la Capitulación de Miranda, llevó al mismo Monteverde a constatar, en representación dirigida a la Regencia el 17 de enero de 1813, que:

> desde que entré en esta Capital y me fui imponiendo del carácter de sus habitantes, conocí que la indulgencia era un delito y que la tolerancia y el disimulo hacían insolentes y audaces a los hombres criminales

Agregaba su apreciación sobre "la frialdad que advertí el día de publicación de la Constitución y la falta de concurrencia a actos públicos de alegría", lo que lo apartaron de sus intentos de gobernar con dulzura y afabilidad. Convocó a una Junta que, en consecuencia, ordenó "la prisión de los que se conocían adictos a la revolución de 1810" y se rebeló contra la propia Real Audiencia que "había puesto en libertad algunos mal vistos del pueblo que irritaban demasiado mi fueros", ordenando a los Comandantes militares que no liberaran los reos a la justicia[155].

---

153. *Ibidem,* Tomo II, pp. 111 a 113.

154. Véase el Decreto V, 15-10-10, en Eduardo Roca Roca, *op. cit.,* p. 199

155. Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.,* Tomo IV, p. 623-625

Por ello, el 30 de diciembre de 1812 en oficio dirigido al Comandante militar de Puerto Cabello, Monteverde, en desprecio del Tribunal, le ordenaba:

> Por ningún motivo pondrá usted en libertad hombre alguno de los que estén presos en esa plaza por resulta de la causa de infidencia, sin que preceda orden mía, aún cuando la Real Audiencia determine la soltura, en cuyo caso me lo participará Ud. para la resolución que corresponde[156]

La Real Audiencia acusó a Monteverde de infractor de las leyes, por lo que decía en su representación que "se me imputa que perturbo estos territorios, los inquieto y pongo en conmoción, violando las leyes que establecen su quietud"[157].

Monteverde concluyó su representación declarando su incapacidad de gobernar la Provincia, señalando que:

> así como Coro, Maracaibo y Guayana merecen estar bajo la protección de la Constitución de la Monarquía, Caracas y demás que componían su Capitanía General, no deben por ahora participar de su beneficio hasta dar pruebas de haber detestado su maldad, y bajo este concepto deben ser tratadas por la ley de la conquista; es decir, por la dureza y obras según las circunstancias; pues de otro modo, todo lo adquirido se perderá[158].

Los años 1813 y 1814, por tanto, en Venezuela fueron años de guerra total, de guerra a muerte, no habiendo tenido aplicación efectiva la Constitución Federal de 1811 ni la Constitución de Cádiz.

Monteverde comandaba una dictadura militar[159] represiva y despiadada contra los que habían tomado partido por la revolución de 1810. Por su parte, la respuesta de los patriotas se resume en la proclamación de Simón Bolívar, desde Mérida, el 8 de julio de 1813:

> Las víctimas serán vengadas: los verdugos exterminados. Nuestra bondad se agotó ya, y puesto que nuestros opresores nos fuerzan a una guerra mortal, ellos desaparecerán de América, y nuestra tierra será purgada de los monstruos que la infestan. Nuestro odio será implacable, y la guerra será a muerte[160].

---

156. Véase el texto en José de Austria, *op. cit.*, Tomo I, pp. 365 y 366.

157. Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *op. cit.*, Tomo IV, pp. 623-625

158. *Idem*

159. Véase J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo I, p. 214

160. Véase J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo I, p. 216

En las Provincias de Venezuela, en consecuencia, no había Constitución alguna que no fuera el mando militar de realistas y patriotas. Conforme la guerra corría por todo el territorio Monteverde, Boves y sus seguidores, gobernaron con la más brutal *ley de la conquista;* y Bolívar y los patriotas gobernaron con la ley dictatorial del *"plan enérgico"*, del "poder soberano" de quien había sido proclamado Libertador, y que, como decía Bolívar, "tan buenos sucesos me ha proporcionado"[161].

Como lo decía el Arzobispo de Caracas, Narciso Colly y Prat en un Edicto Circular de 18 de diciembre de 1813, al recomendar la observancia de la *"ley de la Independencia"* adoptada el 5 de julio de 1811:

> Esta ley estuvo sin vigor, mientras las armas Españolas ocuparon estas mismas Provincias, más al momento que vencieron las de la República, y a su triunfo se unió la aquiescencia de los pueblos, ella recobró todo su imperio, y ella es la que hoy preside en el Estado venezolano[162].

Pero las Cortes de Cádiz, en todo caso, habían felicitado mediante Orden de 21-10-12, a Domingo Monteverde y a las tropas bajo su mando, "por los importantes y distinguidos servicios prestados en la pacificación de la Provincia de Caracas"[163]. Meses después el 15 de diciembre del mismo año 1812, Bolívar dio al público su "Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño" conocida como el "Manifiesto de Cartagena"[164], en la cual expuso las causas de la pérdida de Venezuela, entre ellas, la debilidad del régimen político adoptado en la Constitución de 1811.

En 1813, Bolívar inició en Cartagena, con el apoyo del Congreso de Nueva Granada, la "Campaña Admirable"; en mayo ya estaba en Mérida; el Decreto de "Guerra a Muerte" lo dictó en Trujillo en julio[165] y entró a Caracas en agosto de 1813.

En su primera comunicación enviada al Congreso de la Nueva Granada el 8 de agosto de 1813 con el informe de la liberación de la capital de Venezuela, Simón Bolívar, General en Jefe del Ejército Libertador, señaló:

---

161. Véase J. Gil Fortoul, *op. cit.*, p. 221

162. J.F. Blanco y R. Azpúrua, Tomo IV, p. 726

163. Véase en Eduardo Roca Roca, *op. cit.*, p. 81

164. Véase el texto en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales,* Monte Avila Editores, Caracas, 1982, pp. 57 y ss.; y en *Proclamas y Discursos del Libertador,* Caracas, 1939, pp. 11 y ss.

165. Véase el texto en *Proclamas y Discursos del Libertador, cit.*, pp. 33 a 35.

> Interin se organiza el Gobierno legal y permanente, me hallo ejerciendo la autoridad suprema, que depondré en manos de una Asamblea de notables de esta capital, que debe convocarse para erigir un gobierno conforme a la naturaleza de las circunstancias y de las instrucciones que he recibido de ese augusto Congreso[166].

En el Manifiesto del día siguiente, 9 de agosto de 1813, que dirigió a sus conciudadanos, resumió los planes para la organización del Estado, insistiendo en la misma idea anterior de legitimar el poder:

> Una asamblea de notables, de hombres virtuosos y sabios, debe convocarse solemnemente para discutir y sancionar la naturaleza del gobierno, y los funcionarios que hayan de ejercerla en las críticas y extraordinarias circunstancias que rodean a la República. El Libertador de Venezuela renuncia para siempre, y protesta formalmente, no aceptar autoridad alguna que no sea la que conduzca a nuestros soldados a los peligros para la salvación de la Patria[167].

Ello la reiteró en una nueva comunicación al Presidente del Congreso de Nueva Granada, el 14 de agosto de 1813; en la cuál le indicó "la próxima convocatoria de una Asamblea popular, para determinar la naturaleza del gobierno y la Constitución del Estado", anunciándole la organización de los Departamentos Supremos de la Administración[168]. El Libertador tuvo, sin duda, en 1813, una obsesión por reorganizar el Estado y legitimar el poder supremo que había conquistado con las armas, a cuyo efecto pidió asesoramientos diversos sobre un Plan de Gobierno Provisorio[169].

La liberación de la Provincia de Caracas, sin embargo, no significó la liberación de Venezuela. En todo el país la guerra continuó, y la figura de Boves, caudillo al servicio de los realistas, está en el centro de la tragedia de Venezuela en 1814[170].

Coincidiendo con la brutal guerra que se sucedió en Venezuela, Fernando VII en cuyo nombre se había producido la independencia de Venezuela, el 4 de mayo de 1814 anuló la Constitución de Cádiz, y los

---

166. Véase en *Escritos del Libertador,* Sociedad Bolivariana de Venezuela, Tomo V, Caracas, 1969, p. 5.

167. *Idem,* p. 10.

168. *Ibidem,* p. 30.

169. Véase los documentos más notables en este sentido en *Simón Bolívar y la Ordenación del Estado,* en 1813 (Estudios preliminares de Pedro Grases y Tomás Polanco), Caracas, 1979.

170. Véase Juan Uslar Prietri, *Historia de la Rebelión Popular del año 1814,* Caracas 1962.

demás actos constitucionales dictados a su amparo, declarándolos "nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás".

En esta forma, puede decirse que por que las bases del constitucionalismo venezolano ya habían sido sentadas antes de la sanción de la Constitución de Cádiz, y porque esta no tuvo aplicación en Venezuela, la misma no tuvo influencia alguna en el constitucionalismo de Venezuela. Después de su anulación, en todo caso, siguió la guerra brutal de independencia de las Provincias de Venezuela, por lo que dicho texto no pudo haber tenido influencia alguna en el constitucionalismo posterior. Era demasiado español, y Venezuela había declarado la guerra a todo lo español; y por su parte, España le había declarado la guerra a los venezolanos, lo que se materializó en el hecho del envío en 1815, de la mayor expedición armada hacia América, compuesta por 15.000 hombres al mando del Mariscal de Campo Pablo Morillo, para pacificar a las Provincias de Venezuela; la cual llegó en abril de ese año 1815 a las costas orientales del país[171].

En todo caso, en las mismas filas patrióticas también se habían producido bandos, y el Libertador fue expulsado de Venezuela, en Oriente, en septiembre de 1814, luego de la emigración que dirigió de Caracas a Barcelona, con destino a Cartagena, donde llegó por segunda vez. El Congreso de la Nueva Granada lo nombró "Capitán General de los Ejércitos de la Confederación", pero los conflictos internos en Cartagena, lo obligaron a renunciar al mando, por lo cual, en mayo de 1815, salió para Jamaica.

El 6 de septiembre de 1815 escribió la célebre "Carta de Jamaica" (Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla)[172], donde entre otros aspectos, expuso sus ideas políticas sobre el gobierno que requería Venezuela. Pasó a Haití, en 1816, donde lo acogió el Presidente Alejandro Petion; y desde Haití, realizó la "Expedición de Los Cayos" con destino a Venezuela, llegando a Margarita donde proclamó, de nuevo, "el gobierno independiente de Venezuela"; ratificándole una Asamblea, al Libertador, la Jefatura Suprema del Estado y de los Ejércitos de Venezuela.

En una Proclama a los venezolanos el 8 de mayo de 1816, ya había afirmado:

> El Congreso de Venezuela será nuevamente instalado donde y cuando sea vuestra voluntad. Como los pueblos independientes me han hecho

171. Véase José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo I, p. 237

172. Véase en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, *cit.*, pp. 82 y ss.

> el honor de encargarme de la autoridad suprema, yo os autorizo para que nombréis vuestros diputados en Congreso, sin otra convocación que la presente; confiándoles las mismas facultades soberanas que en la primera época de la República[173].

Como muestra de las continuas disensiones entre los jefes patriotas, el General Mariño, segundo jefe de la expedición de Los Cayos y del Ejército, ratificado en la Asamblea de Margarita, junto con otros jefes militares reunidos en San Felipe de Cariaco el 8 de mayo de 1817, desconocieron la autoridad de Bolívar, y estableciendo un gobierno federal, nombrándose un Ejecutivo plural[174].

Bolívar, quien de nuevo había ido a Haití en agosto de 1816, en 1817 regresó a Venezuela, conquistó la libertad de Guayana, y en operaciones sucesivas logró el reconocimiento de su jefatura suprema que había sido desconocida de nuevo en el mencionado Congreso de Cariaco que se había reunido en mayo de 1817.

A partir de octubre de 1817 se declaró a Angostura, como capital del Gobierno de Venezuela y residencia provisional de las autoridades, y entre las primeras decisiones del Libertador deben citarse las destinadas a establecer las bases del sistema provisional de Gobierno. Ello lo resume en el Discurso de instalación del Consejo de Estado en Angostura, el 1º de noviembre de 1817, en el cual, entre otros aspectos, señaló:

> Cuando el pueblo de Venezuela rompió los lazos opresivos que lo unían a la nación española, fue su primer objeto establecer una Constitución sobre las bases de la política moderna, cuyos principios capitales son la división de poderes y el equilibrio de las autoridades. Entonces, proscribiendo la tiránica institución de la monarquía española, adoptó el sistema republicano más conforme a la justicia; y entre las formas republicanas escogió la más liberal de todas, la federal. Las vicisitudes de la guerra, que fueron tan contrarias a las armas venezolanas, hicieron desaparecer la República y con ella todas sus instituciones.

En dicho Discurso, el Libertador argumentó el porqué la guerra había impedido "dar al gobierno de la República la regularidad constitucional que las actas del Congreso habían decretado en la primera época", precisando, al referirse al tercer período de la República iniciado en Margarita, luego de la expedición de Los Cayos en 1816, lo siguiente:

---

173. Véase en *Proclamas y Decretos del Libertador, cit.*, p. 146. Véase los comentarios en José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo I, p. 244

174. Véase José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo I, pp. 246-247

> En la isla de Margarita volvió a tomar una forma regular la marcha de la República; pero siempre con el carácter militar desgraciadamente anexo al estado de guerra. El tercer período de Venezuela no había presentado hasta aquí, un momento favorable, en que se pudiese colocar al abrigo de las tempestades el arca de nuestra Constitución.

Reseñó el Libertador, en ese Discurso, que por la Asamblea de Margarita del 6 de mayo de 1816 se había creado y nombrado "un poder ejecutivo bajo el título de Jefe Supremo de Venezuela. Así, sólo faltaba la institución del cuerpo legislativo y del poder judicial", por lo que agregaba, que: "La creación del Consejo de Estado debía llenar las funciones del poder legislativo, correspondiendo a una Alta Corte de Justicia el tercer poder del cuerpo soberano"[175].

El Libertador además, en ese excepcional documento sobre organización constitucional, daba cuenta de la organización regular de las Provincias libres de Venezuela, mencionando a los diversos gobernadores civiles y militares de las mismas, y entre ellos al General Páez en las Provincias de Barinas y Casanare, y Monagas en la Provincia de Barcelona. Ambos ejercerían la Presidencia de la República décadas después.

Al año siguiente (1818) se realizó la campaña del Centro, enfrentándose los ejércitos Republicanos a los del General Morillo. El Libertador, en la sesión del Consejo de Estado del 1 de octubre de 1818, propuso la convocatoria del Congreso de Venezuela a fin de acelerar "la marcha de la restauración de nuestras instituciones republicanas", manifestando "la necesidad y la importancia de la creación de un cuerpo constituyente que dé al Gobierno una forma y un carácter de legalidad y permanencia"[176].

El Consejo de Estado aprobó un "Reglamento para la segunda convocación del Congreso de Venezuela" que debía instalarse en enero de 1819, y que entre otras tareas tendría la de "Tratar de Gobierno y Constitución"[177]. Realizadas las elecciones durante 1818, el Congreso de Angostura se instaló el 15 de febrero de 1819, y en esa oportunidad el

---

175. *Proclamas y Decretos del Libertador, cit.*, pp. 173 y 174. Véase el Decreto de creación del Consejo de Estado y los otros actos constitucionales de esos años, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 223 y ss.

176. Véase Pedro Grases "Notas Editorial", en *El Libertador y la Constitución de Angostura de 1819*, Caracas, 1969, p. 7.

177. Véase el texto del Reglamento en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 229 y ss.

Libertador leyó su hermoso Discurso de Angostura en el cual expuso sus ideas sobre el Estado y su organización, configurándose como la exposición de motivos del Proyecto de Constitución que sometió a la consideración de dicha Asamblea[178].

Se adoptó, así, la Constitución de Angostura de 1819, influida por los principios del constitucionalismo moderno que se habían incorporado en la Constitución de 1811 y las propias ideas del Libertador[179], en cuya elaboración como es fácil deducir, no hubo influencia alguna de la Constitución de Cádiz.

178. Véase Angel Francisco Brice, Prólogo a las *Actas del Congreso de Angostura,* Instituto de Derecho Público, Caracas, 1969, pp. 9 y ss.

179. *El Libertador y la Constitución de Angostura de 1819,* (ed: Pedro Grases), Prólogo: Tomás Polanco, Caracas 1970. Véase en general, *Los Proyectos Constitucionales de Simón Bolívar, El Libertador 1813-1830,* Caracas 1999

LA ASUNCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL AUTÓNOMA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO

POR CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES*

PREFACIO

No es para nadie desconocido que la labor de interpretación de las normas constitucionales no esta concedida privativamente a un único, singular o particular sujeto dentro del elenco plurisubjetivo de los órganos constituidos que conforman el Poder Público, ya que dicha interpretación está naturalmente diseminada y otorgada a todos los operadores públicos que están integrados a la estructura del Estado, quienes en su quehacer cotidiano deben efectuar permanentemente verdaderos ejercicios de análisis constitucional y subsunción particular, al efecto de basar y acoplar sus conductas y actuaciones a los mandatos impartidos por la normativa fundamental.

Tal factibilidad deviene como consecuencia lógica y racional del establecimiento en la arquitectura constitucional de los principios de legalidad[1] y de supremacía constitucional, ideados por el constituyente con la finalidad de articular un sistema garantístico de los particulares, mediante el cual se sujeta irrestrictamente la conducta de tales operadores públicos a las directrices y

---

*. Miembro del Instituto de Derecho Público UCV. Profesor de Post Grado Derecho Administrativo UCV, UCAB, LUZ. Profesor de Post Grado Derecho Constitucional en la Universidad Libre de Colombia.

1. Al respecto ver nuestra posición previamente asumida sobre el punto en cuestión en: CARRILLO ARTILES, CARLOS LUIS. "LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999". Libro Homenaje a Allan Brewer Carías. El derecho público a comienzos del siglo XXI. Editorial Civitas. Madrid. 2003.

mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico positivo, con especial preferencia y prelación en la aplicación y protección de las disposiciones constitucionales.

Esta idea de Supremacía Constitucional es un rasgo característico y común del llamado Estado de Derecho, pues presume la existencia de una única norma fundamental que unge uniformemente a todos los otros instrumentos normativos del Estado, -a través de una especie de plenitud hermética-, por medio de una serie de normas entrelazadas las cuales edifican un tejido normativo de principios, derechos y garantías que vinculan las conductas de los particulares y todos los sujetos públicos.

Por ello, todo individuo que ocupe un cargo en cualquiera de los órganos del Poder Público, esta inexorablemente obligado a actuar dentro del marco de competencias que específicamente le atribuya las normas de rango legal y constitucional, lo cual no solo se erige como una verdadera y tangible garantía individual de los particulares frente a la actividad del Estado, sino también, como una fórmula o axioma medular de conducta para los entes públicos.

De lo anterior se desprende que, todo operario del Poder Público en su cotidiano proceder, no sólo está obligado a verificar su ámbito posible de acción enmarcado por el área competencial atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico, sino que primariamente también debe atender y tener presente, la protección de la integralidad y conexidad de los mandatos imperativos que se desprenden de la Carta Fundamental, los cuales ciñen inexorablemente su conducta, en razón del ya citado principio de supremacía constitucional. Esta protección sólo puede llevarse a cabo mediante la interpretación permanentemente del contenido y alcance de las disposiciones de rango fundamental cada vez que pretenda desarrollar su función o labor pública.

Ejemplo de ello, se denota cuando los miembros de una legislatura en la esfera federal, regional o local, pretenden desarrollar su actividad legislativa y gestar normas abstractas y generales, para lo cual deben previamente verificar la necesidad de la creación de esa norma y su estructuración y engranaje con la Constitución, a través de una "...interpretación de la Constitución [que] con frecuencia implica la integración, a la luz de una problemática específica de conceptos o mandatos genéricos. Esta labor llamada "concretización", normalmente es ejercida primero por el legislador, a veces de manera inconsciente. El da el primer paso en el desentrañamiento de la significación de los preceptos constitucionales"[2].

---

2. CASAL, JESÚS MARÍA. "CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela. 2001.Pg.

Todo ello en virtud que el "texto fundamental establece sobriamente los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el interprete más que llenar lagunas, debe extraer de ese derecho concentrado la regulación concreta de los parámetros de comparación para decidir sobre la constitucionalidad del asunto confrontado". [3]

Del mismo modo, esa labor interpretativa de los mandatos constitucionales es también medular en la actividad de los órganos jurisdiccionales, ya que todo Juez al dirimir controversias intersubjetivas está obligado preponderadamente a evaluar los valores, principios y disposiciones constitucionales, antes inclusive de subsumir el hecho objeto del proceso en las normas de rango legal aplicables al caso concreto, pues como es sabido pesa sobre sus hombros la obligación de garantizar la incolumidad del principio de indemnidad constitucional, mediante la aplicación de los diversos mecanismos adjetivos de protección que el ordenamiento jurídico le ha otorgado, y que según el caso y dependiendo del Juez, podría configurar un control difuso[4], un control concentrado[5], o de amparo constitucional[6].

"Recapitulando, podemos precisar que, según lo que acabamos de notar, el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional."[7]

En el derecho comparado se ha reconocido que los Tribunales o Cortes Constitucionales al momento de la resolución de acciones relativas a denuncias de inconstitucionalidad, -con ocasión del llamado control concentrado-, detentan potestades de erigirse en supremos interpretes judiciales de la Constitución, pudiendo en consecuencia, dimanar sentencias con contenido interpretativo.

"El calificativo de 'interpretativas' tiene su origen en que los Tribunales Constitucionales (Alemán y e Italiano), a principios de la década del cincuenta,

---

3. LINARES BENZO, GUSTAVO JOSE. "QUE INTERPRETACIONES?. ¿CUAN VINCULANTES?. ALCANCE DE LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.". En "La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001. Pág. 250.

4. Al respecto ver artículo 20 Código de Procedimiento Civil Venezolano y artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

5. Al respecto ver artículo 334 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

6. Al respecto ver artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". Editorial Civitas. Madrid. España. 1985. pg.66.

para soslayar el esquema tradicional de estimación-desestimación, ... en el proferimiento de este tipo de sentencias, al decidir recursos de inconstitucionalidad o cuestiones de inconstitucionalidad, lo desestimaban pero especificaban la interpretación que debía dársele conforme a la Constitución, o bien estimaban parcialmente el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, igualmente manteniendo incólume el texto de la previsión legal impugnada, especificando en la motivación del fallo la interpretación que resultaba contraria a la Constitución."[8]

Con singular distancia, se presenta la situación de Venezuela en donde actualmente es objeto de acrisoladas discusiones doctrinales, el novel argumento jurisprudencial dimanado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que plantea la probabilidad que sobre los hombros de ese específico órgano judicial descansa la especial potestad de evaluar y discernir sobre el alcance e inteligencia de las disposiciones de rango constitucional, con la característica controversial que dichas interpretaciones dimanadas en el ejercicio de esa facultad tendrían 'efectos vinculantes erga omnes para todos los operadores públicos y por ende también indirectamente para todos los particulares'.

De realmente existir ese extenso poder entregado monopólicamente a un particular órgano constituido del Poder Público, éste podría '*aclarar*' o eventualmente '*redireccionar*' la concepción tradicional de cualquier establecimiento normativo dimanado del Poder Constituyente del Estado, lo que podría automáticamente ocasionar que, cada caso concreto sometido a interpretación constitucional estaría sujeto y dependería exclusivamente de la visión particular -acertada o desarticulada- de los jueces sobre quienes recaiga ese omnímodo poder de interpretación vinculante.

Aunado a la anterior aserción, también habría que agregar que, de asumir apriorísticamente como cierto el supuesto que existe ese poder de interpretación *vinculante* de las normas constitucionales, -en una especie de paralelismo a la función normativa primaria del Estado que usualmente detentan los órganos legislativos[9], y que inclusive en algunas ocasiones pueda llegar a tener

8. PEÑA SOLIS, JOSÉ. "LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN." En libro homenaje a Fernando Parra Aranguren, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Tomo II, Caracas Venezuela 2001. Pg. 203.

9. Al respecto ver nuestra previa posición al respecto en: CARRILLO ARTILES, CARLOS LUIS. "LA INEDITA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA." Ponencia dictada en el 8avo Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Tomo II. Editorial Pavia Gráfica. Valencia Carabobo. 2003.

correspondencia y similitud a la potestad normativa constituyente-, dado el carácter o naturaleza especial de las disposiciones constitucionales, como lo es el ser fundante por excelencia de todo el ordenamiento jurídico y vinculante de las actuaciones y conductas de los sujetos públicos y de los particulares, se impondría inexorablemente para quien pretenda llevar a cabo esa labor de interpretación constitucional, la obligación de acudir a una técnica interpretativa propia, singular y dinámica, que diferiría radicalmente de la técnica cotidiana y difusa de interpretación e integración constitucional entregada a los otros operadores públicos.

No obstante, esa especial técnica de interpretación despierta una serie de interrogantes, entre las cuales resalta, en primer lugar, ¿cuán distinta sería esa técnica de interpretación constitucional a la dispuesta en el artículo 4 del Código Civil vigente, que establece que "a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador"?[10], y por otra parte, ¿cuales serían los límites formales y materiales en su aplicación?, además, ¿quienes controlarían la posible distorsión que eventualmente podría acarrear ese ejercicio de esa facultad analítica de la Constitución?. Indudablemente que el problema no es nada sencillo de resolver prima facie, dada la complejidad de la naturaleza misma de la interpretación constitucional.

Pareciera resultar incuestionable que la técnica de interpretación del artículo 4 del Código Civil es un mecanismo que pudiera ser una de las fórmulas a utilizar por el interprete constitucional, sin embargo, esa enunciación en sí misma, no constituiría una verdadera limitación sino que podría constituirse como una plataforma interpretativa en tan delicada actividad, ya que formalmente, su directriz es impuesta por una norma de rango legal y esta dirigida hacia normas de igual o inferior jerarquía; además que materialmente su contenido no abarcaría al espectro amplio de posibilidades de análisis a las cuales puede recurrir, -mediante la argumentación-, el interprete que tiene la labor de desentrañar el alcance e inteligencia de la normas contenidas en la Constitución.

"En el derecho constitucional se ha construido un pequeño repertorio propio de reglas de interpretación, si conviene tener presente.

En primer lugar, si en toda norma debe indagarse la voluntad histórica del autor, y si esa voluntad está íntimamente relacionada con la intención y con la finalidad, la constitución debe interpretarse a tenor del fin que con ella ha querido alcanzar el constituyente al proponerlo y describirlo ...

10. Artículo 4 del Código Civil Venezolano.

Ahora bien, hablar del respeto al fin de la constitución, tal cual fue querido históricamente por el autor, no significa detener el dinamismo y la movilidad de la Constitución. Porque precisamente, su interpretación y su aplicación deben abarcar un tiempo y una futuridad donde las circunstancias cambian y se suceden. Y entonces, es legítimo asignar fines distintos y nuevos que no fueron previstos por la voluntad histórica del constituyente, siempre que no contraríen los que esa voluntad tuvo en miras. La Constitución puede interpretarse como asimilando fines diferentes y novedosos, pero no opuestos. ...

La propia voluntad histórica del autor obliga a interpretarla históricamente, entendiendo acá por "históricamente" no un modo de remisión al pasado inerte, sino un modo progresivo de adecuación y adaptación a los cambios. Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época de originarse la Constitución, es atentar contra la propia voluntad de futuro y perduración con que el autor ha plasmado la Constitución. Quiere decir ello que, mientras la interpretación no incurre en contradicción con los fines de la Constitución, la misma Constitución habilita y asume su propia interpretación e integración dinámica, histórica, progresiva y flexible...

Las normas constitucionales no pueden ni deben interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo que componen. La interpretación debe integrar las normas en esa unidad sistemática de la Constitución, comparándolas entre sí, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas."[11]

Por ende, la interpretación constitucional pareciera tener un radio de acción mucho más variado, extenso y complicado, en virtud de su contenido jurídico-político,[12] situación que trae consigo automáticamente el problema de si su alcance y límites deberían preestablecerse detalladamente en la misma norma fundamental, o si por el contrario, debería estar predeterminado en una

---

11. CAMPOS BIDART, GERMÁN. "FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL". Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1969. Pgs. 209 a 212.

12. A las Cortes y Tribunales Constitucionales del derecho comparado se les ha imputado una naturaleza híbrida, en virtud de la dualidad de sus funciones jurídico políticas, pues no sólo se conciben como entes jurisdiccionales sino también son 'elementos de contrapeso y de control político para impedir a los otros órganos del Estado traspasar sus competencias, haciendo respetar los valores que expresa la Constitución. Para presentar el debate, el profesor Henry Roussillon considera estos tribunales como *una jurisdicción que ejerce una función política.'* Como lo señala el magistrado auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana Javier Tobo Rodríguez -en su artículo "La Corte Constitucional: órgano judicial o político? en el libro "La Constitución por Construir" del Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá Colombia 2001, Pag. 210-

norma de rango legal que medie y condicione ese ejercicio interpretativo, o en un último supuesto, si pudieran emerger y depender de la propia construcción jurisprudencial -casi pretoriana- que cotidianamente efectúen los llamados a dimanar dicha interpretación.

Con singular distancia y mucho énfasis, se ha debatido recientemente en la doctrina[13] del derecho comparado, en relación a los límites y condicionamientos que penden sobre los jueces llamados a efectuar la interpretación de la ley en el ejercicio de aplicación de justicia, lo cual a su vez ha gestado dos posiciones doctrinales contrastantes: una, conformada por quienes esgrimen que esa actividad de interpretación de normas, necesariamente debería estar previamente reseñada en un cuerpo normativo que habilite su ejercicio, -en cuanto a su forma y método-, configurando una especie de 'preconfiguración la intención del legislador según el caso', y la otra, conformada por aquellos que se oponen a ese preestablecimiento normativo, y en contraposición son partidarios abiertos de una libertad interpretativa para el operador judicial, quien no estaría atado a limitación alguna.

I. INQUIETUDES FRENTE A LA EXISTENCIA DE LA PRESUNTA COMPETENCIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Esta última vertiente ha generado una constante expectación recurrente en quienes discuten la existencia -con carácter vinculante- del supuesto poder interpretativo sobre normas constitucionales en un específico órgano del Poder Público constituido. Muy especialmente en lo atinente a que mediante tan particular análisis judicial -nada más y nada menos- se podría descifrar la propia extensión y contenido de las disposiciones de rango constitucionales, las cuales casuísticamente y como consecuencia de la propia interpretación, otorgarían al órgano interpretativo, la singular atribución o competencia para efectuar tan importante actividad.

Esta situación podría configurar una verdadera situación paradójica, por cuanto estaríamos en presencia de una potestad de interpretación presuntamente otorgada por una norma que a su vez permite interpretar el alcance y la manera de cómo pudiera llevarse a cabo esa misma interpretación, -dejando por sentado que no se trata de un trabalenguas sino por el contrario de una verdadera

13. Al respecto ver: Dworkin; Ely Hart; Perellman; Rawls y Marmor. Es oportuno señalar que ninguno de éstos autores ha tratado especialmente el punto concreto de la interpretación de normas constitucionales, ya que han enfocado su análisis al problema si el Juez crea Derecho, desde una visión de la filosofía jurídica.

afirmación que refleja un grave problema filosófico jurídico constitucional a dilucidar, como sería, cual seria el alcance y límite de esa potencialidad.

Una laxa e indeterminada potestad interpretativa, que a su vez se apalanque en criterios interpretativos sobre su propia extensión, linderos y efectos, traería implícitamente la tentación y el peligro reverencial para el órgano constituido, que se considerase dueño absoluto del poder de interpretar y por ende, de inmiscuirse en un campo y materias que está irrestrictamente vedado y excluido a su control, como sería el caso del espectro formal y material monopólicamente reservado al imperio del Constituyente.

Quizás esta es seguramente la razón por la cual en ninguno de los ordenamientos constitucionales del Derecho Comparado se ha previsto a texto expreso, la concentración monopólica en cabeza de un Tribunal o Corte Constitucional de una potestad interpretativa *vinculante* de normas fundamentales, ya que la solución real en la práctica ha sido, que dicha facultad se ha entendido como un *ínsito y esencial* poder interpretativo de la norma fundamental, pero nunca con rasgos vinculantes que sujeten directamente a las conductas individuales de los miembros de la sociedad.

Esa pretensión de concentrar en un solo órgano del Poder Público la potestad interpretativa del texto constitucional, con rasgos vinculantes o valor erga omnes[14], ya fue abordada frontalmente por la doctrina del derecho comparado, denegando expresamente la posibilidad que sea factible ungir a los fallos con contenido interpretativo, con efectos transpersonales vinculantes para sujetos que de ninguna manera, estén vinculados o no gocen de la cualidad de partes de los procesos judiciales, donde se someta a control la cuestión de constitucionalidad, como ha sido "el problema de las llamadas 'Sentencias Interpretativas' del Tribunal Constitucional -Español- y en particular en Italia <Sentence intrepretative di riggeto>. Estas sentencias no tendrán valor erga omnes"[15] .

Con el establecimiento de una abierta e ilimitada facultad interpretativa de normas constitucionales sobre el objeto y contendido a interpretar, pero con

14. Como es el caso de las interpretaciones judiciales que ha dimanado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en lo que ha denominado "Jurisdicción Normativa". Al respecto ver sentencia interlocutoria SC TSJ ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero de fecha 12 de agosto de 2001, Caso Crédito Indexados.

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" Obra Citada. Pg. 103.

rasgos privativos, al pretender erigir a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como el único operador jurídico que se elevaría con el carácter de máximo interprete vinculante de la Constitución, se pudiera abrir una compuerta peligrosa para el Estado de Derecho y el Principio de Legalidad, así como para el arraigado y necesario Principio de Supremacía Constitucional, por cuanto al poseer un 'órgano constituido' prerrogativas ilimitadas de redireccionamiento e innovación de la normativa constitucional, éste -con toda seguridad- pudiera incidir e inclusive obstruir la sana operatividad del engranaje de los otros órganos integrados al Poder Público, generando una innegable desvirtuación de los mandatos constitucionales que no son otra cosa que la expresión de la voluntad popular en donde reside la titularidad directa de la Soberanía.

Aunado a lo anterior es importante remarcar que, si a un órgano constituido -en este caso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia-, se le atribuye la facultad abstracta de interpretar abiertamente la norma constitucional que contiene ese poder de interpretación constitucional, sin habérsele establecido verdaderos linderos o límites formales por la misma Constitución o por la remisión legal, pudiera gestarse una verdadera situación que eventualmente concentre o ilimite su poder, la cual inclusive pudiera permitir en el peor de los casos verdaderas situaciones que usurpen prerrogativas y/o facultades exclusivas del Poder Constituyente, por el ente constituido, ya que al interpretar sus poderes de interpretación pudiera extenderlos sin control alguno.

La situación venezolana se agrava aún más, al revisar el carácter innegable que nuestra Constitución de 1999 le dio a la Sala Constitucional, constituyéndola como estructura interna inordinada a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el cual está integrado a la rama pública del mal llamado Poder Judicial Venezolano, por lo cual, constitucionalmente no se ha concebido en manera alguna como un Tribunal Constitucional[16], aunque en la praxis se ha relajado la actividad mediante una evidente ampliación de potestades, en primer término, por la reimpresión material de la Constitución de 1999 el 24 de marzo de 2000, y luego por la auto arrogación de atribuciones que ha pretendido equiparar a esa Sala a un verdadero Tribunal Constitucional, que además de la aludida potestad de interpretación con rango vinculante tendría también el control

16. La creación constitucional de la Sala Constitucional se debe a la Constitución de 1999, por previsión específica de su artículo 266. Los Constituyente expresamente asentaron en sus discusiones, que no querían crear a un Tribunal o Corte Constitucional de perfil austriaco, consagrado como un Tribunal especial excluido del llamado Poder Judicial, ni de acuerdo al perfil de las Cortes Constitucionales de otros países latinoamericanos, insertas dentro de la organización judicial del Estado. Indudablemente se le imprimió un carácter de Sala inordinada a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

concentrado de la constitucionalidad de las mayorías de actos y sentencias que pudieran contradecir o apartarse de sus interpretaciones producidas.

Esta situación ha impulsado a que cierta parte de nuestra distinguida doctrina, inclusive haya tildado a la Sala Constitucional en una "suerte de Corte Constitucional enquistada en el Tribunal Supremo"[17], sin embargo de la disección académica efectuada en el párrafo anterior, emerge la impoluta conclusión que nuestra Sala Constitucional no fue creada como un Tribunal Constitucional ni goza de ese carácter, aún cuando goce de la concentración del control de constitucionalidad -salvo la declaratoria sobre los reglamentos que corresponde por excepción a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justifica- y de otras curiosas competencias otorgadas recientemente por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Es evidente el contraste de nuestra Sala Constitucional que coexiste con las otras Salas integradas dentro del Tribunal Supremo de Justicia, con las Cortes o Tribunales Constitucionales del Derecho Comparado, desde la primera creada en 1920 en Checoslovaquia hasta los casos de Alemania, Austria, Italia, España, Guatemala, Chile, en donde estos órganos especiales encargados del poder contralor de la constitucionalidad, se encuentran totalmente excluidos de la llamada jurisdicción ordinaria por ser exógenos a la estructura del Poder Judicial, pues son "creadas para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional, situadas fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independientes de aquél, como también del resto de los poderes públicos".[18]

Asimismo, todos estos verdaderos Tribunales Constitucionales tienen en común que sus Magistrados no son elegidos por sufragio directo por la población, por lo que no detentarían legitimación popular directa fundada en la base eleccionaria, sin embargo, "sus decisiones se consideran legítimas en la medida que se configuren como decisiones jurídicas y no políticas, -lo que- convierte la demostración del carácter jurisdiccional de este órgano en la fuente principal de su legitimación."[19]

---

17. LINARES BENZO, GUSTAVO JOSE. "QUE INTERPRETACIONES?. ¿CUAN VINCULANTES? . ALCANCE DE LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.". Obra Citada. Pag.246.

18. FAVOREAU, LOUIS. "LES COURS CONSTITUTIONNELLES". Presses Universitaires de France, París, deuxiéme édition. 1992. Pág.3

19. STORINI, CLAUDIA. "EL ALCANCE JURIDICO DE LA TEORIA DE LA INTERPRETACIÓN COMO LÍMITE A LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". En Revista de Derecho Constitucional No. 6 Editorial Sherwood. Enero Diciembre 2002. Pág.191

Como derivación de lo anterior, a la Sala Constitucional solo le quedaría dentro de sus posibilidades la labor de interpretación de normas constitucionales, la cual "no debe entenderse ... como una labor mecánica de subsunción de hechos nítidos en normas perfectas, sino como la ardua labor de perfilar lo fáctico y lo jurídico en un tiempo, escogiendo entre las varias soluciones que deja abiertas la norma escoger la más prudente."[20]

Sin embargo, todos los argumentos anteriormente explanados, no hicieron mella alguna para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aseverará que: "El que entre las atribuciones de Tribunales o Salas Constitucionales de otros países no exista un recurso[21] (sic) autónomo de interpretación constitucional, y que las "sentence interpretative di riggeto" en Italia, genere problemas, no es un obstáculo para que esta Sala, dentro del concepto ampliado de recurso de interpretación de la ley, se aboque a interpretar la Constitución, mediante actos jurisdiccionales provenientes del ejercicio del recurso (sic) de interpretación constitucional"[22]

No obstante, todos los reparos, temores e inquietudes que hemos expresado, en su momento no pasaron desapercibidos, pues uno de los Magistrados que para ese entonces era integrante de esa misma Sala Constitucional, explanó unas reflexiones en su voto concurrente a título de advertencia, sobre esa supuesta existencia de competencia de interpretación

---

20. NIETO ALEJANDRO, "EL ARBITRO JUDICIAL". Editorial Ariel. Madrid. Citado por LINARES BENZO, GUSTAVO. Obra Citada. Pág. 253.

21. Consideramos que es incorrecto el uso del vocablo o voz procesal de 'recurso' para tratar de identificar realmente a una verdadera acción, pues procesalmente los recursos se interponen exclusivamente ante una actuación o conducta previa ante los mismos órganos que la generan. La acción por el contrario, corresponde a la puesta en marcha por primera vez del aparato jurisdiccional del Estado en la búsqueda de la satisfacción de una singular pretensión procesal. Existe el indebido uso forense del vocablo o voz recurso para identificar verdaderamente a acciones procesales presentables ante órganos judiciales. Al poner el movimiento el aparato judicial del Estado se esta haciendo uso del derecho constitucional a la Acción. Consideramos que el origen de ese incorrecta costumbre se debe a la afrancesada influencia en la doctrina del derecho administrativo, que ha hecho presión posteriormente en la doctrina del derecho constitucional, ya que Francia fue la cuna del derecho administrativo donde ciertamente los ejercicios jurisdiccionales de revisión de los actos corresponden a verdaderos recursos, por cuanto esa revisión es efectuada en el Consejo de Estado, órgano de naturaleza administrativa más no de índole judicial. En el caso Venezolano, el control jurisdiccional de las conductas administrativas esta judicializado en un órgano distinto a la Administración.

22. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de septiembre de 2000, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente 00-1289, Caso Servio Tulio León Briceño.

autónoma del texto constitucional, dejando asentado que:

"a) Admitir que la Sala Constitucional tiene competencia para interpretar la Constitución cada vez que se solicite, sin que medie un recurso concreto, conllevaría a la posibilidad de (sic) que se solicite la interpretación íntegra del texto constitucional.

b) También es factible que día a día se solicite la interpretación de una norma constitucional distinta, por lo cual, la admisión de tal recurso en forma abstracta abriría un cauce que intentarían transitar muchos otros litigantes, recargando a la Sala con asuntos académicos, esto a expensas de la celeridad en la resolución de los casos que sí plantean una problemática realmente jurisdiccional. Se convertiría así la Sala en un órgano de consulta cada vez que a un operador del derecho tenga dudas acerca del sentido, alcance e inteligencia de una norma constitucional.

c) La interpretación meramente académica, ajena a la existencia de una aplicación actual atenta contra la interpretación progresiva de la Constitución, dado que tales interpretaciones serían vinculantes, lo cual crearía una rigidez del propio texto, que a los pocos años sería obsoleto.

En consecuencia, al imponerse la tesis de la existencia de un recurso de interpretación, la Sala se está autolimitando en relación con futuros casos en los que la consideración de una ley específica o de una situación concreta aconseje una solución distinta a la que se haya obtenido en el análisis abstracto. Además, la mejor forma de interpretar la Constitución, como cualquier otra norma jurídica, es a la luz del caso, como lo ha reconocido Zagrebelsky en relación con la interpretación constitucional."[23]

Como podemos observar, el problema planteado no es nada sencillo, y se agrava de una manera dramática si a lo anterior, se le agregan otros ingredientes o aditamentos exógenos o ajenos a la realidad estrictamente normativa, como es el hecho que esa singular y delicada prerrogativa interpretativa no va a ser realizada por máquinas asépticas e infalibles sino por Magistrados que son personas naturales de carne y hueso, susceptibles de presiones o influencias de naturaleza personal, política y de diversa naturaleza, e inclusive por formación, mentalidad y afectos, que den una visión parcelada

23. Voto Salvado del Magistrado Hector Peña Torrelles, en la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el Caso Servio Tulio León Briceño, citada.

y acarreen una interpretación subjetiva.

De manera que, "la importancia de la interpretación constitucional parece obvia: el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del Constituyente podrá haber sido bien definida..., pero en última instancia la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada. Con esto no se trata, desde luego, de legitimar las perversiones exegéticas, ni consentir los caprichos hermenéuticos. Pero si cabe constatar un dato cotidiano, muchas veces desagradable, de la realidad jurídica. De todos modos, y aún suponiendo que el intérprete trabaje de buena fe, como también ocurre, los resultados de su labor serán diversos según la técnica que emplee. De ahí la trascendencia que tiene la interpretación en la realidad del derecho: la suerte de la constitución depende, en mucho, de su interpretación."[24]

Además ya de por si la materia de interpretación del derecho, no sólo genera desacuerdos entre los doctrinarios y resulta desconcertante o inquietante para los estudiosos del tema, sino que en la práctica, produce mucha reserva y preocupación en la determinación concreta de los linderos y límites efectivos que deben tener los operadores judiciales que ejerzan ese poder constitucional, -como ya lo hemos explanado precedentemente en este opúsculo-, pues dependiendo de la argumentación utilizada o criterios interpretativos argüidos tales como literal, exegético, extensivo, creativo e innovador, podrían tener la tentación de asumirse como Constituyentes y pretender a través de la interpretación de las normas constitucionales generar radicales modificaciones a la estructura normativa fundamental del Estado, e inclusive al creerse dueños absolutos de la verdad interpretativa, contener en si mismos a todos los poderes del Estado, llegando a la eventual posibilidad de contrariar al mismo texto constitucional, por la usurpación de funciones o competencias conferidas por la norma fundamental a otros diferenciados entes u órganos estatales.

"De todo ello, advertimos que, en algunas hipótesis, las normas de la constitución resultan *total o parcialmente insusceptibles de determinación* por los órganos del poder constituido."[25]

---

24. SAGUÉS NESTOR PEDRO. "LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN" Editorial De Palma. Buenos Aires Argentina. 1998. Pg.1.

25. CAMPOS BIDART, GERMÁN. "FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL". Obra Citada. Pág. 205.

Al raciocinio anterior se agrega el agravante que en determinados países, el sistema jurídico no goza de un sólida tradición de solvencia y autonomía real, lo cual hace más dudoso el ejercicio de esa potestad interpretativa de la norma constitucional.

"Cabe reconocer que en el orden de la realidades la interpretación judicial imparcial o sanamente desinteresada no siempre existe: algunos jueces son proclives a entender a la Constitución según las conveniencias de quienes los nombraron, o del partido al que profesan simpatías, o de quienes los han comparado y a quienes se han vendido. Estas son aberraciones inaceptables, por supuesto. Simultáneamente, ningún juez puede psicológicamente ser absolutamente imparcial: su razonamiento siempre estará afectado, en mayor o menor proporción, entre un amplio abanico de factores, por su formación cultural, el medio familiar, social y económico del que proviene y a donde vive, sus concepciones religiosas, su vida universitaria, sus necesidades, virtudes y vicios, sus prejuicios, complejos, traumas, fobias y mecanismos de defensa, su temperamento y actitudes. Estos ingredientes impactan y perfilan personalidades judiciales muy distintas, con rasgos autoritarios o pluralistas, represores o permisivos, tolerantes o agresivos, reaccionarios o transgresores, sensatos o excéntricos, que inexorablemente tenderán a traducirse subconscientemente en los resultados de su interpretación."[26]

Lo que si es una realidad inobjetable, es que todo juez al impartir justicia por el desarrollo de la función jurisdiccional, debe interpretar el ordenamiento jurídico, en donde su norte siempre esté vinculado a la supremacía constitucional, edulcorando sus pronunciamientos con visos personales, sin embargo, eso no es tan inquietante si consideramos que el mismo ordenamiento jurídico presenta soluciones procesales ante eventuales veleidosidades judiciales que pretendan distorsionar la recta aplicación del derecho, ya sea a través de la revisión por la doble instancia judicial mediante la alzada, ya sea por la apelación o por la consulta, o por la consagración de mecanismos o vehículos procesales de control judicial de tales pronunciamientos deformados que estén alejados de una verdadera objetividad.

Sin embargo, ninguno de estos mecanismos citados serían operativos ante una desvirtuación o desatino, que eventualmente cometa la Sala Constitucional, al efectuar un pronunciamiento gestado con ocasión del conocimiento de la autodenominada acción autónoma de interpretación constitucional, que fortuitamente pudiera engendrar una errada interpretación

26. SAGUÉS, NESTOR PEDRO. Obra citada. Pg. 6.

de la Constitución, ya que sobre las decisiones que dicte esa Sala no cabe acción o recurso alguno, en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de mayo de 2004.

Aún así, en este opúsculo como contribución doctrinal, trataremos de abordar esa singular potestad arrogada por nuestra novel Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien afirma que detenta dentro del elenco de sus competencias, la posibilidad de interpretar las normas y principios constitucionales, con la singularidad que sus interpretaciones serían vinculantes no solo para todos los órganos jurisdiccionales de la Federación e inclusive para las otras Salas que integran el mismo Tribunal Supremo de Justicia, sino también para los particulares de manera directa[27].

Esta originalísima acción creada exclusivamente a la luz de los fallos de la Sala Constitucional, tiene dentro de sus singularidades no sólo su discutido origen, -pues no descansa o se cimienta en normas expresas de nuestro ordenamiento jurídico vigente-, sino que también debe su procedimiento ad-hoc, a esa misma labor de interpretación y de creatividad jurisprudencial, al igual que el establecimiento y edificación de los supuestos ante los cuales sería procedente no sólo su admisibilidad sino también su declaratoria con lugar, todo lo cual será objeto de análisis en lo subsecuente.

II. La justificación jurisprudencial de la existencia de la facultad autónoma de interpretación constitucional

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de septiembre de 2000, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, dimanó una decisión en el expediente 00-1289, caso Servio Tulio León Briceño, con ocasión de una solicitud de interpretación de los artículos 26 y 27 de la Constitución de 1999, dirigida a establecer, en primer lugar, ¿quiénes podrían hacer valer los intereses difusos o colectivos, como fórmula de legitimación procesal?, y ¿en qué momento se podrían hacer valer esos intereses?, asimismo se requirió la determinación de ¿cuál sería el procedimiento para ello y si era posible ventilarlos por el proceso de amparo constitucional, además de pretender se le indicase ¿cuál sería el alcance de las sentencias que se dicten en esos procesos?.

27. Al igual que el presunto poder detentado por la Sala Constitucional de "Jurisdicción Normativa". Al respecto ver nuestra posición previa en: CARRILLO ARTILES, CARLOS LUIS. "LA INEDITA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN NORMATIVA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA." Obra citada.

En ese pronunciamiento jurisdiccional, la Sala Constitucional afirmó tajantemente que sobre sus hombros descansa la facultad de exteriorizar sentencias que sean contentivas de declaraciones de certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, mediante el ejercicio del mecanismo de interpretación con carácter vinculante de la Constitución, aún cuando "...no está prevenida en particular por el ordenamiento jurídico, pero tampoco prohibida..."[28].

III. La inexistencia de fundamento expreso en el ordenamiento jurídico. Basamento jurisprudencial

Con esta aserción la Sala Constitucional asume que aún cuando en manera alguna nuestro ordenamiento jurídico constitucional o legal, le otorga la competencia expresa para conocer y decidir acciones autónomas de interpretación constitucional, ésta se deduce o infiere de lo dispuesto en el artículo 335 de texto normativo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar que de la lectura de las atribuciones de esa Sala Constitucional señaladas en el artículo 336 eiusdem, tampoco aparece explícitamente esa potestad.

En tal sentido, la Sala Constitucional curiosa y singularmente afirma que: "el recurso (sic) de interpretación de las normas y principios constitucionales, no se encuentra regulado en forma especial ni en la vigente Constitución ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[29], por lo que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá ser definido su procedimiento. Sin embargo, considera la Sala que dentro de la facultad interpretativa con carácter vinculante, que le otorga el artículo 335 de la vigente Constitución, y por las razones antes expuestas, puede asumir la interpretación, no solo en los procesos contenciosos que decida, sino también mediante este especial 'Recurso de Interpretación'.

El criterio no es sólo jurídicamente válido, sino además necesario. Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República (Poder Constituido), el cual no desapareció después de su sanción y era posible que se realizara una interpretación auténtica del texto fundamental por parte de su creador.

---

28. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso Servio Tulio León Briceño. Citada.

29. Ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, normativa dictada en fecha 20 de mayo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.37.942.

En el caso de la Constitución de 1999, ésta fue aprobada por el Poder Constituyente, cuyo órgano cesó en sus funciones al cumplir su cometido. Esta interpretación auténtica no es, pues, posible y sabemos que la 'Exposición de Motivos' no aclara la mayoría de sus novedosos preceptos. En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la 'uniforme interpretación y aplicación' de la Constitución, particularmente en estos inicios del nuevo régimen político en los cuales no existe una legislación conforme con el texto fundamental."[30]

Resulta oportuno y significativo exaltar que, la recién aprobada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, tampoco erige dentro de su seno tal potestad autónoma de interpretación constitucional en cabeza de la Sala Constitucional, -en contradicción a lo que presumió la Sala Constitucional en la referida Sentencia-, pues en ninguno de los numerales 3 al 23 del artículo 5 donde se establecieron las competencias que ahora detenta esa Sala del Tribunal Supremo de Justicia, se denota esa posibilidad.

Aún más, pudiera pensarse que el Legislador no quiso otorgar singularmente esa competencia a la Sala Constitucional, pues específicamente de lo dispuesto en el artículo 1 en su párrafo tercero, se reproduce una redacción idéntica a la dispuesta en el precepto 335 del texto constitucional, al manifestar que será el Tribunal Supremo de Justicia -como un todo- quien "será el máximo y último interprete de Constitución de la República y velará por su uniforme interpretación y aplicación", y no se relega esta capacidad interpretativa a la referida Sala Constitucional, ni se refleja en ninguna norma atributiva de competencia.

A pesar de esa realidad normativa, la Sala Constitucional ha seguido declarándose competente[31] para conocer de las acciones autónomas de interpretación constitucional, más allá de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aún cuando su texto no contempló esa competencia.

---

30. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso Servio Tulio León Briceño Citada.

31. Ejemplo de ello, es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de fecha 5 de octubre de 2004, en el caso Israel Álvarez de Armas quien solicitó la interpretación de precepto 71 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela.

IV. La naturaleza jurídica de la acción autónoma de interpretación de normas constitucionales

Sin embargo, la Sala Constitucional corrobora la probabilidad que en Venezuela se presenten acciones autónomas de interpretación constitucional, como una expresión ínsita de la llamada jurisdicción constitucional, caracterizada porque sus pretensiones y consecuenciales sentencias difieren radicalmente de las ventiladas y dictadas por los otros tribunales que ejercen la función jurisdiccional; en principio porque ese control constitucional esta difuminado en todo órgano jurisdiccional de la Federación, y por cuanto a través del mismo se pretende el mantenimiento de la indemnidad de la supremacía constitucional y la efectividad de sus normas y principios fundamentales, en donde no existe un demandado formal, pues no esta especialmente dirigido contra alguien en particular sino lo que se pretende es la protección de la integridad del texto constitucional.

La Sala Constitucional asegura que "con el recurso de interpretación no se trata de dirimir controversias de ninguna clase, aunque dentro de la sociedad pueden haber personas que no comparten la necesidad de interpretación conectada con la situación particular y que pueden oponerse a ella, o que quieren coadyuvar con la correcta interpretación. Se trata exclusivamente de esclarecer o complementar la función del Estado y de sus distintos poderes, a fin que la función pública se lleve a cabo adaptada a la Constitución; así como delimitar en relación con la situación en que se encuentra el accionante, los derechos humanos a que tiene derecho, como una tuición preventiva, ajena al amparo, ya que puede tener lugar sin que medie amenaza alguna."[32]

Asimismo la Sala afirma que con el ejercicio de esta singular acción autónoma de interpretación constitucional se protege un legítimo interés jurídico que no se identifica o corresponde a ningún derecho subjetivo actual, sino a necesidades eventuales de precaver situaciones futuras, configurándose una tutela preventiva, ya que con su presentación no se busca un pronunciamiento judicial de derechos a favor del accionante quien ostenta el interés, sino que a diferencia se pretende que se determine el sentido y alcance de una disposición del texto constitucional con el deseo de obtener una declaración de mera certeza sobre la orbita de lo sometido a análisis, lo que según su juicio, constituiría además "una forma de actualizar las normas constitucionales, si esa fuera la interpretación solicitada."[33]

---

32. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso Servio Tulio León Briceño Citada.

33. Idem.

V. CARACTERES DE LA ACCIÓN AUTÓNOMA DE INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES

De acuerdo a la Sala Constitucional, lo que imprime carácter singular a esta acción es que, en muchas ocasiones la inquietud planteada por el accionante coincide con la que reside en otros ciudadanos, por lo que con su ejercicio se generaría una especie de concentración del provecho general y de la conveniencia colectiva, ya que al tratarse de un problema constitucional, se identificaría con la "categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad."[34]

Ahora bien, se deja asentado que esta acción requiere de una legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales, ya que "para acceder a la justicia, se requiere que el accionante tenga un legítimo interés jurídico y que su pretensión como cualquier otra deba estar fundada en derecho y que no se encuentre prohibida por la ley, o que no sea contraria a derecho, -por lo tanto-, no es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar -ésta- acción ... -por cuanto- esta es el resultado de la expansión natural de la juridicidad."[35]

Esa cerrada cualidad procesal calificada como un actual y tangible 'legítimo interés jurídico' es susceptible de individualizarse en un accionante, y permite dotarlo de subjetividad en atención a su singular necesidad personal para aclarar la situación jurídica en que se encuentra, por ende el fallo que se genere ante tal pretensión, será estrictamente de naturaleza mero declarativa sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales.

Así pues, no se trata en manera alguna de una 'acción popular' en las cuales bastaría un simple interés actual del pretendido accionante para detentar legitimación para su ejercicio, por cuanto, se exige para esta acción autónoma de interpretación constitucional, que quien pretenda asumirse como legitimado activo, debe invocar y demostrar que detenta un inequívoco 'interés jurídico actual y subjetivo', cimentado y basado en una preexistente situación fáctica jurídica concreta y específica, en la cual se encuentra singularmente, y que le acarrea o genera una duda razonable o incertidumbre cierta sobre el alcance contenido o inteligencia de una disposición constitucional, en razón de lo cual, se le impide el pleno goce de los efectos que podrían provenir de dicha situación jurídica, ante lo que se requiere impretermitiblemente de una interpretación de

34. Ibidem.

35. Idem.

se le impide el pleno goce de los efectos que podrían provenir de dicha situación jurídica, ante lo que se requiere impretermitiblemente de una interpretación de normas constitucionales aplicables a ese especial contexto. "En fin, es necesario que exista un interés legitimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada".[36]

Posteriormente la misma Sala Constitucional en un fallo de fecha 22 de noviembre de 2000, abordó con mayor amplitud la determinación del campo propio de la referida acción, al manifestar que: "al pronunciarse sobre un recurso [37](sic) de interpretación de la Constitución, esta Sala precisará, de ser el caso, el núcleo de los preceptos, valores o principios constitucionales, en atención a dudas razonables respecto a su sentido y alcance, originadas en una presunta antinomia u oscuridad en los términos cuya inteligencia sea pertinente aclarar a fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica. Consiste primordialmente en una mera declaración, ***con efectos vinculantes***, sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada, su propósito o extensión, lo cual incidiría sobre los rasgos o propiedades que se predican de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u obscuros."[38]

En esa misma decisión la Sala Constitucional profundizó aún más sobre el alcance del carácter vinculante de sus pronunciamientos contenidos en sus fallos generados con ocasión de esa específica acción de interpretación constitucional, apuntalando el criterio ya establecido en la sentencia del enunciado Caso Servio Tulio León Briceño, al patentizar que: "considerando la posición de máximo intérprete constitucional de este órgano de control, se deduce que las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso (sic) interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado; todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia. Los

---

36. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso Servio Tulio León. Citada.

37. Reiteramos nuestro criterio expuesto sobre el errado uso del vocablo 'recurso' para identificar a la acción autónoma de interpretación constitucional.

38. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando, de fecha 22 de noviembre de 2000, Exp 00-1725, Caso Freddy H. Rangel Rojas y Michel Brionne Gandon, interpretación del precepto constitucional 231 y articulo 31 del Estatuto Electoral del Poder Público.

pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afincar la solución al caso, no serán, por lógica, vinculantes en ningún sentido"[39].

Además agrega que: "De allí que las funciones que desempeñe esta Sala, en particular la referida a la interpretación de la Constitución en respuesta a una acción específica, deba contrastarse con el contenido del ordenamiento jurídico constitucional a la luz de tres principios básicos; a saber: primero, el de competencia, que actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; segundo, el de separación de poderes, dejando a salvo la necesaria coordinación entre los mismos, así como el ejercicio de ciertas funciones que no siéndoles esenciales les cumple realizar naturalmente, con base al cual funciona un mecanismo de balance en la división del poder y de mutuos controles o contrapesos entre los órganos que lo ejercen; y tercero: el principio de ejercicio del poder bajo la ley, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático, conforme al cual son execradas la autocracia y la arbitrariedad. Dichos principios, en tanto fundamentales al Estado de Derecho, exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado"[40].

Diferimos de la opinión transcrita pues, justamente esos tres parámetros o principios que aduce la Sala como justificadores de aludida función interpretativa vinculante, al ser contrastados parecieran negar frontalmente ese carácter.

En primer lugar como la misma Sala dice explícitamente en su fallo, no detenta 'competencia' interpretativa constitucional autónoma y vinculante, por texto expreso ni de la Constitución, ni del rango legal, ni del ordenamiento jurídico vigente, ante lo cual mal podría ser deducida o creída dicha potestad, pues como es universalmente conocido la competencia de lo sujetos públicos, de acuerdo a la misma norma fundamental, tiene que estricta y expresamente ser otorgada por la norma constitucional o legal.

En segundo lugar, se debe efectivamente a la consagración

39. Idem.

40. Ibidem.

constitucional del principio de 'separación de poderes', -axioma que en Venezuela en realidad aduce a la idea de separación atenuada de funciones entre ramas del Poder Público con órganos competentes-, que existan ciertas áreas reservadas constitucionalmente al ejercicio de una rama u órgano, y que en caso que nos ocupa, sería aún más grave el hecho que la Sala Constitucional es un ente constituido, nacido y previsto por la Constitución, el cual al ejecutar esta singular potestad de interpretación constitucional, pudiera adentrarse en el área y las competencias sensibles al órgano Constituyente, lo cual sin lugar a dudas, está vedado por el propio contexto normativo constitucional, por cuanto el poder constituido no es contrapeso del poder constituyente, ya que aquél esta insoslayablemente supeditado en su creación, existencia y contenido a este último.

En tercer lugar, el principio aludido de 'ejercicio del poder bajo la ley', obviamente secuela o consecuencia del principio de legalidad y de la expresión de competencia, a la cual ya hemos hecho referencia en el sentido que dicha Sala no detenta esa aptitud legal interpretativa, revela diáfanamente que se pudiera estar gestando una verdadera arbitrariedad con su implementación.

El panorama descrito es tan revelador de ese eventual peligro, que en el citado voto salvado del Magistrado Hector Peña Torrelles, en la sentencia Servio Tulio León, indicó que: "...no le está dado a los operadores jurídicos interpretar en abstracto la Constitución, pues en realidad esta operación se efectúa interpretando las normas y relaciones jurídicas a la luz del Texto Constitucional, para dar respuesta a conflictos individualizadamente considerados.

Asimismo, pretender interpretar académicamente algún precepto constitucional, sin que exista un caso concreto relacionado con la función jurisdiccional de este Supremo Tribunal, supone señalar en forma abstracta cuál fue la voluntad del Constituyente, obviando que éste nunca dispuso tal posibilidad. De manera que, no puede interpretarse la Constitución más allá de los términos en los que ella misma señala, y actualmente no existe -como lo reconoce el fallo- ninguna norma constitucional que haya establecido un recurso de interpretación de la Constitución. Ni el artículo 335 ni ningún otro precepto de la Constitución facultan a la Sala Constitucional para interpretar en abstracto la Constitución... (omissis) ... la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es objeto directo de control de la jurisdicción, y es que la razón por la cual no le está dado a esta Sala Constitucional conocer de una *acción de interpretación de la Constitución*, es justamente la misma por la cual no

existe una acción de nulidad de la Constitución ... la Constitución no se interpreta de forma directa y abstracta porque constituye la base fundamental del Estado, o lo que es igual, siendo la Constitución el máximo vértice normativo no se interpreta directamente, sino que los operadores jurídicos dan respuesta a problemas concretos interpretando el ordenamiento jurídico como un todo."[41]

VI. SUPUESTOS ANTE LOS CUALES PUEDE SOLICITARSE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Por si fuera poco, la Sala Constitucional jurisprudencialmente ha delineado a través de sus fallos, los supuestos fácticos que según su juicio, podrían fundar y justificar la presentación y consecuencial admisión de una acción autónoma de interpretación constitucional, exaltando que necesariamente tendría que encajar en alguno de los siguientes casos:

1) De darse el supuesto de choque o colisión entre una específica norma constitucional con un principio o valor jerárquicamente superior consagrado en el mismo texto constitucional.

Bajo la visión de la Sala, se puede dar la factibilidad que una norma contenida en el texto constitucional pueda chocar con principios o valores fundamentales superiores insitos en la misma Constitución, acarreando la posibilidad paradójica de '*normas constitucionales inconstitucionales*', en una especie de inconstitucionalidad parcial de la misma Constitución, pero que "ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional".

Para ello la Sala Constitucional, confrontaría según su criterio, el texto de la norma sometida a interpretación con los principios fundamentales que gobiernan la Constitución, haciendo ceder la redacción del precepto constitucional contrastado, ante el contenido y alcance de los principios constitucionales a los cuales se daría primacía, con la finalidad que se evitase "los efectos indeseables de la anomalía".

El problema planteado es realmente complejo, ya que pudiera darse una situación en la cual, de acuerdo a la visión subjetiva o enfoque particular que de la *concreta interpretación* de esos valores o principios efectué la Sala

41. Voto Salvado del Magistrado Hector Peña Torrelles, Caso Servio Tulio León Briceño, Citado.

Constitucional, *pueda eventualmente incidir en el núcleo medular de una norma constitucional,* gestándose una conducta que de acuerdo a nuestro criterio, correspondería exclusivamente al órgano constituyente, por su contenido y subjetividad, la cual materialmente pudiera estar vedada al órgano constituido, en este caso al Tribunal Supremo de Justicia y muy específicamente a la Sala Constitucional, nacida y alumbrada bajo la égida de esas mismas disposiciones constitucionales, que singularmente pudieran ser redimensionadas por un ejercicio interpretativo.

Además perfectamente cabría preguntarse, ¿cuáles serian los efectos formales consecuenciales que acarrearía la declaratoria sobre el contenido integral del artículo constitucional sometido a interpretación, ante el supuesto, que de acuerdo a la visión de la Sala Constitucional choque o contradiga irresolublemente con los supuestos principios fundamentales?.

De acuerdo a nuestra humilde opinión académica, la Sala Constitucional nunca podría declarar la inaplicabilidad de una disposición constitucional, en una especie de nulidad integral del precepto, por lo que, pareciera que este singular supuesto de interpretación sólo seria viable o plausible frente a disposiciones constitucionales que de alguna manera tengan una aparente contradicción algún principios fundamental de la misma Constitución, ante lo cual, la Sala Constitucional, desde el punto de vista formal de la decisión por vía de interpretación, únicamente podría reorbitar la lectura o interpretación general del artículo analizado, como secuela del fallo de interpretación. Ahora bien, el real problema emergería, ante el supuesto eventual que por el contraste citado, se denotase que la norma fuese definitivamente contraria a los principios fundamentales, ante lo cual, no podría ser reinterpretada sino declara su inoperatividad o inconstitucionalidad, lo cual de acuerdo a nuestro juicio, seria inmaterializable por la Sala Constitucional, pues esa evaluación y declaratoria escapa de su control y competencia.

2) De darse el supuesto que "la Constitución remita como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin hacer alusión a qué consisten, o cuál sector de ellas sería aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieran de aclaratoria."

Ante esta hipótesis la Sala Constitucional pudiera establecer declaraciones principistas y darles sentido y contenido de acuerdo a su particular visión, lo cual eventualmente pudiera acarrear de nuevo el peligro de la

producción de fallos que penetrasen delicadamente en área sensible reservada al Constituyente; con el agravante que además también pudiera inclinarse ha argumentar una especial posición doctrinal haciéndola suya, por simplemente considerarla como válida, con el natural riesgo de incurrir en verdaderas parcialidades o separarse de la objetividad debida.

3) De darse la situación que dos o más normas constitucionales choquen entre sí, absoluta o aparentemente, lo que impondría la necesidad que sea aclarada esa situación, calificada como colisión 'endoconstitucional' o intraconstitucional.

De nuevo se presenta nuestra inquietud en torno a que salida determinaría la Sala Constitucional, en el supuesto que se denunciase y según su juicio, se denotase que dos preceptos del mismo rango fundamental choquen entre si, y deba prevalecer uno de ellos sobre el otro, pues del ordenamiento constitucional vigente no se denota en manera alguna, que dicha Sala detente la potestad de declarar nula o en el mejor de los casos inoperativa a una norma constitucional frente a otra. Esto es fácil de observar por varios argumentos: en primer lugar, porque de considerar viable esa situación estaríamos aceptando la cruel idea de una jerarquización o graduación de normas e inclusive de derechos constitucionales, por lo cual unos pudieran ser desplazados por otros, contrariando al espíritu soberano del Constituyente, por cuanto en la realidad todos detentan el mismo nivel y grado, no solo por su forma de producción sino por su consagración en el rango fundamental. En segundo lugar, esta apreciación escaparía de las atribuciones efectivas de la Sala Constitucional, dado el carácter supremo e imperativo, desde le punto de vista formal, que detentan la integralidad de las normas constitucionales sobre todos los entes que componen el Poder Público constituido.

4) Cuando se cuestione la constitucionalidad o adecuación con el Derecho Interno de las normas emanadas de órganos supranacionales, a los cuales esté sujeta la República en virtud de tratados o convenios internacionales.

Curiosamente se aduce que pudiera darse una situación donde se denuncie una supuesta inconstitucionalidad de una norma dimanada de un organismo supranacional, que por mandato taxativo de Convenio o Tratados Internacional sea de imperativa aplicación en el ordenamiento interno o sea de obligatorio cumplimiento por las autoridades nacionales, ante lo cual, correspondería a la Sala Constitucional su evaluación y eventual declaratoria de inaplicabilidad cuando traigan posibles distorsiones a lo dispuesto por nuestra normativa fundamental.

Sin embargo la explicación que la Sala Constitucional ha dado a este supuesto de control difiere evidentemente de lo que hemos expuesto, por cuanto según su criterio, pudiera verificarse una contradicción de una "norma de un tratado, pacto o convenio internacional" con una norma fundamental.

Esta situación de acuerdo a nuestro juicio solo sería probable ante Tratados, Convenios o Pactos que no versaren sobre Derechos Humanos, lo cual encarnaría un control sobre normas de rango legal que pretendiesen desvirtuar una norma superior como es la constitucional. Pero no así, ante el supuesto de normas provenientes de aquellos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, que traten sobre Derechos Humanos, ya que de acuerdo a nuestro texto constitucional en su precepto 23, éstos gozarían de rango fundamental y modificarían sobrevenidamente a nuestra Constitución. Esto generaría el mismo problema formal sobre cual sería la declaratoria que pretendería efectuar la Sala Constitucional, de considerar una colisión entre los referidos instrumentos pertenecientes a la esfera fundamental. Estaría facultada realmente para declarar la inconstitucionalidad de una norma a la cual la misma Constitución le imprime el carácter de norma fundamental o constitucional y expresamente establece que prevalecerán en el orden interno inclusive sobre la autoridad de la Sala Constitucional como órgano constituido.

5) Cuando se requiera determinar o establecer algún mecanismo procesal que permita el cumplimiento de una decisión de algún órgano o autoridad internacional de los previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, hasta tanto en el futuro se promulgue una ley relativa al "amparo internacional de los derechos humanos".

Sobre este supuesto también tenemos un reparo que efectuar, pues de acuerdo a nuestra visión, escaparía dentro del elenco de posibilidades de la Sala Constitucional, el poder establecer mecanismos procesales como acciones o procedimientos, -aún ante la ausencia normativa de éstos- ya que de acuerdo a la misma arquitectura constitucional esa actividad estaría vedada de su espectro de acción, de acuerdo a lo dispuesto como reserva legal en el artículo constitucional 156 numeral 32, con el peligro reverencial para dicha Sala, de la inmersión en un vicio constitucional de competencia como es la usurpación de funciones legislativas.

Lo que podría perfectamente hacer la Sala, es velar porque toda persona pueda dirigir peticiones y quejas ante órganos internacionales consagrados en Tratados, Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y

garantizar el cumplimiento de cualquier decisión dimanada de los mismos, ya que el hecho que no exista un régimen adjetivo no implica que no sean susceptibles de protección. Más aún si cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, ante una acción que no detente a texto expreso procedimiento a seguir, está facultada expresamente para aplicar supletoriamente un procedimiento de los ya existentes en el rango legal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 aparte 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

6) De darse interrogantes con relación al régimen legal transitorio a la Constitución, -llamados por la Sala Constitucional como interregnos temporales[42]-, o cuando sus normas parezcan sobreponerse a la Constitución, o cuando ni uno ni otro sistema fuese aplicable a un caso determinado.

7) Cuando se requiera determinar el contenido y alcance de normas constitucionales, pero aún sin desarrollo legislativo, con la finalidad que sus disposiciones no queden en suspenso indefinido.

8) De existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios.

9) Ante interrogantes relativas a la congruencia del texto constitucional con las facultades del constituyente.

Respecto a la admisibilidad, la Sala dejó sentado que serían inadmisibles los recursos de interpretación que no persiguiesen los fines antes mencionados. Asimismo, se podrá declarar inadmisible el recurso cuando no se constate en el actor su interés jurídico personal y directo -o actual-, toda vez que el recurso de interpretación no es una acción popular; cuando no exprese con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.

Igualmente, señaló la Sala que, es inadmisible el recurso, cuando en

---

42. Al respecto ver nuestra posición CARRILLO ARTILES, CARLOS LUIS. "EL DESPLAZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL POR EL RÉGIMEN DE LOS INTERREGNOS TEMPORALES." En Revista de Derecho Constitucional No. 3. Editorial Sherwood. Caracas. 2000.

sentencias de esta Sala anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, sin que sea necesario modificarlo; o cuando a juicio de la Sala, lo que se plantee no persiga sino la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre éstos y órganos públicos, o entre estos últimos; o una escondida forma destinada a lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

VII. Régimen adjetivo 'normado' por la Sala Constitucional en referencia a la Acción

Ante la mora legislativa de la Asamblea Nacional en dictar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consideró que no existía "razón lógica ni teleológica para que la interpretación de la Constitución no se [pudiese] realizar", además de establecer un procedimiento *ad hoc* para ventilar tan singular acción.

Al determinar que se trataría de un asunto de mero derecho, por lo cual no requeriría de instrucción específica de hechos, consideró necesario en su momento aplicar un procedimiento supletorio de las demandas, -de acuerdo a lo establecido para aquél momento en el artículo 102 de la para entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy artículo 19 aparte 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia-.

En tal sentido presentada la acción que dentro de su objeto medular indique las normas y principios sobre los que se pide la interpretación constitucional específica, se procederá a la verificación de la admisibilidad, y en caso que sea procedente su admisión, podría emplazar mediante Edicto Público a cualquier interesado, a los efectos de garantizar la participación ciudadana, para que coadyuven en el sentido que ha de darse a interpretación requerida. Para ello, se señalará discrecionalmente un lapso de preclusión para que los interesados concurran y expongan por escrito sus argumentos pertinentes.

Coetáneamente se expedirá sendas notificaciones de la referida admisión de la acción al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo, "quedando a criterio del Juzgado de Sustanciación de la Sala el término señalado para observar, así como la necesidad de llamar a los interesados, ya que la urgencia de la interpretación puede conllevar a que sólo sean los señalados miembros del Poder Moral, los convocados."

Una vez vencido los términos anteriores, se pasan los autos al Ponente

designado con la finalidad que presente su proyecto de ponencia, en la cual se establecería la declaratoria de interpretación, que reorbite, desaplique, indique el contenido y alcance de una principio, norma, derecho o garantía constitucional sometido a extraordinario análisis judicial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BADENI, Gregorio. *"Nuevos derechos y garantías constitucionales"*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *"Los límites de la interpretación constitucional.* En Interpretación de la Constitución y su ordenamiento jurídico. Editorial tecnos. Barcelona España. 1997.

BERNASCHINA GONZALEZ, Mario. *"Manual de derecho constitucional"*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. Tercera Edición. 1958.

CAMPOS BIDART, Germán. *"Filosofía del derecho constitucional"*. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1969.

BIELSA, Rafael. *"Derecho Constitucional"*. Editorial Roque De Palma Editor. Segunda edición. Buenos Aires. 1954.

BLUNTSCHLI, Gaspar. *"Derecho Público Universal"*. Centro Editorial de Gongora San Bernardo. Nueva Biblioteca universal. Tomo segundo.

BREWER-CARÍAS, Allan. *"Instituciones políticas y constitucionales"* Tomo IV. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan. *"La Constitución de 1999."* Editorial Juridica Venezolana. Caracas. 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan. *"El sistema de justicia constitucional en la constitución de 1999"* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000.

CANOVA GONZALEZ, Antonio. *"La Supersala (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia."* En Revista de Derecho Constitucional No.3 Editorial Sherwood. Caracas. Julio Diciembre 2000.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *"El Desplazamiento del Principio de Supremacía Constitucional por la vigencia de los interregnos temporales"*. En Revista de Derecho Constitucional No.3 Editorial Sherwood. Caracas. Julio Diciembre 2000.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *"La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999"*. Libro Homenaje a Allan Brewer Carías. El derecho público a comienzos del siglo XXI. Editorial Civitas. Madrid. 2003.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *"La inédita construcción jurisprudencial de la jurisdicción normativa por la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia."* Ponencia dictada en el 8avo Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Tomo II. Editorial Pavia Gráfica. Valencia Carabobo. 2003.

CASAL, Jesús Maria. *"La facultad revisora de la sala constitucional prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la constitución."* En Revista de Derecho Constitucional No.3. Editorial Sherwood. Caracas. Julio Diciembre 2000.

CASAL, Jesús Maria. *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello. UCAB. Caracas. Venezuela. 2001.

DE PAULA PEREZ, Francisco. *"Derecho constitucional colombiano"*. Editorial Lerner. Quinta Edición. Bogota. Colombia.

DWORKIN, Robert. *"Taking the rights seriously."* Londres Inglaterra. Editorial Ariel. Barcelona España.

ESCOVAR LEON, Ramón. *"La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica"* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Jurídicos Caracas 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *"La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional"*. Editorial Civitas. Madrid España. 1985. Pg.61.

GIL FORTOUL, José *"Filosofía Constitucional"*. Editorial Cecilio Acosta. Caracas. 1940.

GONZAÍNI, Osvaldo. *"La Justicia Constitucional"*. Editorial De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1994.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan. *"Curso de Derecho Constitucional"*. Editorial Guillermo Kraft LTDA. Buenos Aires. 1943.
GONZALEZ-DELEITO, Nicolás. *"Tribunales Constitucionales, organización y funcionamiento"*. Editorial Tecnos. Manuales Universitarios Españoles IX. Madrid. 1980.

HAURIOU, Maurice *"Principios de derecho público y constitucional"*. Editorial Reus. Madrid. 1927.

KELSEN, Hans. *"Teoría pura del Derecho"*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimoséptima Edición. Buenos Aires Argentina. 1981.

LINARES BENZO, Gustavo José. *"Que interpretaciones?. ¿Cuan vinculantes? . Alcance de las interpretaciones de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia"* En "La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001.

MARIN, JOSE Ángel. *"Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional"*. Editorial Ariel. 1998.

MARMOR, Andrei. *"Interpretación y teoría del derecho"*. Editorial Gedisa. Barcelona España. 2000.

MONTES DE OCA, M.A. *"Lecciones de Derecho Constitucional"*. Notas tomadas por Alcides Calandrelli. Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires. Argentina. 1927.

MORELI, Sandra. *"La corte constitucional ¿Un legislador complementario?* . Temas de Derecho Público. No.45. Instituto de Estudios Constitucionales. Bogotá Colombia. 1997.

NARANJO MESA, Vladimiro. *"Teoría constitucional e instituciones políticas"*. Editorial Temis. Bogota. Colombia. Tercera Edición. 1990.

NIETO, Alejandro. *"EL ARBITRO JUDICIAL"*. Editorial Ariel. Madrid.

OLANO, Carlos Alberto. *"Derecho Constitucional e Instituciones Políticas."*. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá Colombia. 1987.

PELLEGRINO, Cosimina. *"La interpretación de la Constitución de 1999 por la Sala constitucional de Tribunal Supremo de Justicia. ¿Existe un recurso autónomo de interpretación constitucional?* En libro homenaje a Enrique Tejera París. Temas sobre la Constitución de 1999. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas. 2001.

PEÑA SOLIS, José. *"La interpretación conforme a la Constitución"*. En el libro homenaje a Fernando Parra Aranguren. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas. 2001.

REY CANTOR, Ernesto. *"Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales"*. Ediciones Ciencia y Derecho. 2001.

RIVAS QUINTERO, Alfonso. *"El Estado, estructura y valor de sus instituciones"*; Valencia Venezuela. 2003.

RONDON DE SANSO, Hildegard. *"Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas"*.Editorial Exlibris. Caracas. 2000.

RUGGERI PARRA, Pablo. *"Derecho Constitucional Venezolano"*. Editorial Cecilio Acosta. Caracas. 1944.

SACHICA, Luis Carlos. *"Constitucionalismo Colombiano"*. Editorial Temis. Bogota. Colombia. Segunda Edición. 1966.

SACHICA, Luis Carlos. *"El Control de la Constitucionalidad y sus mecanismos"*. Ediciones Universidades Simón Bolívar, Medellín y Libre de Pereira. Bogota Colombia. 1978.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *"La Interpretación Judicial de la Constitución"*. Editorial De Palma. Buenos Aires Argentina. 1998.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *"Tratado de Derecho Constitucional"*. Tomo II. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile. 1963.

STORINI, Claudia. *"El Alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional"*.

En Revista de Derecho Constitucional No. 6 Editorial Sherwood. Enero Diciembre 2002

URIBE GIRALDO, Luz Elena. *"El Estado, las libertades individuales y el Preámbulo de la Constitución"*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogota. Colombia. 1984.

VIDAL VERGARA, Carlos. *"Los Derechos Individuales en las constituciones modernas"* Editorial Nacimento. Santiago de Chile. Chile. 1936.

VIOLA, Francesco y SACARÍA, Giuseppe. *"Diritto e Intrepretazione"*. Editorial Laterza. Seconda Edizione. Roma Italia. 2000.

WOLF, Ernesto. *"Tratado de Derecho Constitucional Venezolano"*. Tipografía Americana. Caracas Venezuela Tomo II. 1945

ZAGREBELSKY, Gustavo. *"El Derecho Dúctil"*. Editorial Trotta. 2da Edición. Madrid España. 1997.

LA SIEMBRA DEL PETRÓLEO COMO POSTULADO FUNDAMENTAL DE LA POLÍTICA ECONÓMICA VENEZOLANA: ESFUERZOS, EXPECTATIVAS Y FRUSTRACIONES*

POR RAMÓN CRAZUT

I. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

Conocido en Venezuela prácticamente desde la época precolombina, el petróleo ha estado íntimamente ligado a la realidad nacional con amplias repercusiones en su economía, historia, sociología y política. Su producción comercial se inicia en 1878 cuando Don Manuel Antonio Pulido obtiene una concesión para explotar dicho combustible y funda la "Petrolea del Táchira" empresa dedicada a la producción de Kerosen para fines de iluminación. La explotación del Lago de Asfalto de Guanoco en el Estado Sucre constituye otro antecedente de importancia en el Siglo XIX. Sin embargo, la exploración y explotación en gran escala comienza en los primeros decenios del Siglo XX cuando se descubren importantes yacimientos en el Lago de Maracaibo cuyos elevados volúmenes de producción atraen inversionistas de distintos países y se registra gran avidez por la obtención de concesiones en el país. En 1914 la Caribbean Petrolum Company, empresa de capital anglo holandés inicia la producción con el pozo zumaque N° 1 y en 1917 se realiza la primera exportación. A partir de entonces la exploración y explotación crecen de manera ininterrumpida con impactos altamente favorables para las finanzas públicas y en desmedro de la actividad agropecuaria a la cual afecta negativamente. En 1926 el valor de las exportaciones petroleras supera al de las exportaciones

*. Síntesis de una tesis presentada por el autor ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central para optar al título de Doctor en Ciencias Políticas.

venezolanas tradicionales, constituidas básicamente por café y cacao registrándose, a la vez, graves distorsiones en la economía nacional.

1. La idea de sembrar el petróleo

En 1936, con motivo del fallecimiento del General Juan Vicente Gómez, del advenimiento de un nuevo régimen de orientación democrática y, fundamentalmente, de la aparición del novedoso sistema que representaba la libertad de prensa surgió en el país un interesante debate público caracterizado por una serie de artículos periodísticos en donde se analizaba la situación política y económica venezolana con especial referencia al papel que el petróleo venía desempeñando en la economía nacional y sobre los aspectos positivos y negativos de la explotación de ese combustible, materia sobre la cual se expusieron las más variadas y controversiales opiniones. Dentro de ese ambiente de inquietudes intelectuales y políticas el día 14 de julio del año en referencia se publicó en el Diario Ahora un editorial titulado "Sembrar el Petróleo", atribuido al joven escritor Arturo Uslar Pietri, colaborador y editorialista del mencionado Diario en donde se exponía la necesidad de destinar los recursos obtenidos de la explotación petrolera a "crear riqueza agrícola reproductiva y progresista", de donde surgió la expresión "sembrar el petróleo", la cual según el editorialista debería convertirse en la consigna de una cruzada nacional y en el santo y seña de la acción venezolana. Como resultaba obvio, el mencionado editorial tuvo gran impacto en los sectores progresistas del país, no tanto por el significado de las ideas expresadas, ya que las mismas habían sido esbozadas con anterioridad por otros ilustres pensadores (Alberto Adriani entre ellos), sino fundamentalmente por la originalidad de su formulación, condensada en una frase feliz y llamativa que habría de repetirse en el país por muchos años y que, de hecho, se convertiría en el fundamento básico de la política venezolana.

Para aquellos años Venezuela era un país primitivo con la característica especial de que recibía apreciables ingresos derivados de la industria petrolera, actividad cuya explotación por parte de consorcios extranjeros se había iniciado prácticamente a comienzos del Siglo XX y que cobraba gran importancia durante el período indicado. Contábamos con una población de alrededor de tres millones de habitantes "mal nutridos, mal vestidos, mal alojados y afectados seriamente por las enfermedades y el analfabetismo lo cual reducía considerablemente su capacidad de trabajo". Más de 75% de los venezolanos de la época habitaba en el medio rural y menos del 25% en centros poblados, estimándose, además, que cerca de las dos terceras partes de la superficie del país presentaba condiciones de insalubridad asociadas al paludismo y la fiebre amarilla. La

economía tradicional, predominantemente agropecuaria, se encontraba en franca declinación a causa de la influencia desfavorable que sobre la misma venía ejerciendo la explotación petrolera. En el orden político se había salido recientemente de una dictadura de 27 años que en opinión de la mayoría de los historiadores había arruinado al país y había entorpecido su progreso, mientras que para otros había constituido una necesidad histórica o un doloroso proceso de pacificación y unificación registrado después de casi un siglo de anarquía y guerras civiles.

Evidentemente, Venezuela requería de un esfuerzo sistemático y bien planificado para transformar su economía mediante la utilización del ingreso petrolero, en especial por tratarse de un recurso agotable que podría, además, ser eventualmente sustituido por otra fuente de energía y, que como tal, debería ser aprovechado para crear nuevas fuentes permanentes de riqueza y de empleo. Originalmente se pensó que la expresión siembra del petróleo -interpretada literalmente- se refería a la utilización del ingreso petrolero en el fomento de la actividad agropecuaria, pero progresivamente privó el criterio de que la palabra "sembrar" tenía el sentido más amplio de generar riqueza creciente, lo cual Uslar Pietri aclaró en nuevos artículos sobre la materia cuando expuso que se trataba de obtener el máximo provecho de la actividad petrolera "para convertir esa riqueza agotable y no renovable en industria, desarrollo agrícola, maquinaria, crédito y obras de infraestructura capaces de crear riqueza que asegure la vida y el crecimiento del país más allá del ciclo de la explotación petrolera". Posteriormente surgen nuevas interpretaciones atribuidas a Rómulo Betancourt y a Juan Pablo Pérez Alfonzo, quiénes consideraron que la siembra del petróleo no podía limitarse sólo a la industrialización y al fomento de la actividad agropecuaria sino también a las inversiones para mejorar el capital humano, especialmente en las áreas de educación y sanidad, así como las mejoras en la distribución del ingreso todo lo cual resultaba imprescindible para lograr metas de desarrollo económico y bienestar colectivo. Consecuencialmente, a la versión original de siembra del petróleo de Uslar Pietri comenzó a denominársele "versión capitalista" mientras que a la segunda versión se le denominó versión paternalista o populista.

2. Esfuerzos para obtener una mayor participación y control en la Actividad Petrolera

Como se desprende de los conceptos anteriormente expuestos, la siembra del petróleo implica -según Uslar Pietri- la consecución de dos objetivos altamente interrelacionados. En primer lugar, obtener el máximo provecho de esa riqueza "agotable y no renovable"; y, en segundo, invertir los beneficios así

obtenidos, "de manera inteligente, constante y casi ávara" en actividades que conduzcan al desarrollo económico del país. Evidentemente, el primero de esos objetivos se ha venido alcanzando de manera relativamente satisfactoria a través de una legislación y una política petrolera cuyas manifestaciones más relevantes son las siguientes:

Ley de Hidrocarburos de 1943. Considerada como uno de los esfuerzos más importantes y el texto más coherente en materia de hidrocarburos. Su mayor mérito es haber logrado un ordenamiento jurídico uniforme. Este paso de avance se logró a través de intensas negociaciones y por medio de la figura de la "conversión", consiste en la posibilidad de que las empresas que habían obtenido contratos y concesiones con base a leyes anteriores pudiesen acogerse a la nueva Ley y obtener ventajas especiales como prórrogas en las concesiones, algunas de las cuales estaban próximas a vencerse. En concreto, la nueva Ley permitió: a) Uniformar el régimen jurídico y uniformar el sistema impositivo conjuntamente con una elevación de impuestos y regalías; b) Confirmar la validez de las concesiones para las empresas que se acogieron a la nueva Ley; c) Prórroga en las concesiones; d) Establecimiento del principio de la Reversión; y, e) Facultad del Poder Ejecutivo para estipular ventajas especiales.

Mayor Participación Fiscal en los Beneficios de la Industria. La Junta Revolucionaria de Gobierno que asume el poder en 1945 dicta el Decreto conocido con la denominación de "fifty fifty", según el cual las utilidades de las empresas petroleras estarían sujetas a un impuesto adicional a fin de que la participación de las mismas y de la Nación se establecieran en un 50% para cada una de las partes. Durante el Gobierno Provisional del Dr. Edgar Sanabria, en 1958, se dicta otro Decreto mediante el cual se eleva la participación de la Nación al 60%. Posteriormente, para evitar la evasión se faculta al Ejecutivo Nacional para fijar unilateralmente los precios del petróleo para propósitos fiscales.

Política de No Más Concesiones. En 1945, la Junta Revolucionaria de Gobierno anuncia e implementa una política de no más concesiones, pero no se decide acerca del régimen que habría de sustituir al de concesiones para garantizar la continuidad de la industria. Esta política se interrumpe durante el Gobierno del General Marcos Pérez Jiménez, cuando se otorgan nuevas concesiones en las reservas nacionales. Derrocado el régimen del General Pérez Jiménez, los nuevos gobiernos mantienen el principio de no otorgamiento de concesiones.

Creación de la Corporación Venezolana del Petróleo CVP. Como un medio para instrumentar la explotación petrolera por parte del Estado y garantizar la continuidad de la industria (frente al vacío de la política de no más

concesiones), en 1960 se crea la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP), facultada a realizar actividades de exploración, explotación y refinación de hidrocarburos. Posteriormente, se le faculta para intervenir en el mercado interno de gasolina y otros productos refinados.

Participación en la Creación de la OPEP. Venezuela desempeñó un papel de gran importancia en la creación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), creada en 1960 para la defensa de los precios de este combustible y a la vez contrarrestar el extraordinario poder económico y político de los grandes consorcios petroleros internacionales. En la creación de esta organización se reconoce ampliamente la labor del Dr. Juan Pablo Pérez Alfonzo y del Jeque Abdulla Tarik, del lado árabe.

Ley de Bienes Afectos a la Reversión Petrolera. A comienzos de los años setenta, en vista de que se aproximaba la fecha de vencimiento de las concesiones otorgadas en 1943 y la consecuente reversión de las mismas, surgió cierta preocupación ante la posibilidad de que los concesionarios no conservasen en buen estado los bienes y equipos que revertirían a la Nación. Para adelantarse a dicha posibilidad en 1971 se promulgó la Ley de Bienes y Afectos a la Reversión Petrolera, cuyo propósito fue permitir la identificación y cuantificación de los mencionados activos y garantizar que los mismos se mantuvieran en condiciones satisfactorias. Para garantizar dicha conservación la Ley dispuso que las empresas concesionarias mantuviesen un fondo de garantía depositado en el Banco Central de Venezuela.

Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos. La nacionalización de la industria se realiza en 1975 con fundamento en la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos denominada comúnmente Ley de Nacionalización en cuyo texto se establece fundamentalmente: a) Se reserva al Estado por razones de conveniencia nacional lo concerniente a la explotación en busca de petróleos, asfaltos y demás hidrocarburos, así como la explotación y comercialización de tales productos; b) Se declaran extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional para los propósitos en referencia; y, c) Se establece un régimen de compensación para los antiguos concesionarios y se declara de utilidad pública la explotación de hidrocarburos. Para administrar las empresas nacionalizadas se creó la empresa denominada Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA.

Políticas Relevantes Durante la Postnacionalización. Con posterioridad a la nacionalización petrolera se diseñan e instrumentan una serie

de proyectos orientados a atraer la participación del capital extranjero, recibir tecnologías, compartir riegos y propiciar la exploración y explotación de nuevas zonas. Entre estos proyectos (calificados por algunos sectores como "desnacionalización" o "reprivatización"), se encuentran la explotación de campos marginales, el esquema de ganancias compartidas y proyectos para la explotación de gas. A finales del año 2001 se promulga una nueva Ley de Hidrocarburos a través de la cual se propende a lograr una participación fiscal más estable en los beneficios de la industria mediante un aumento en la regalía.

II. CAUSAS QUE HAN OBSTACULIZADO Y OBSTACULIZAN LA SIEMBRA DEL PETRÓLEO

De lo expuesto en la sección anterior se desprende que los gobiernos venezolanos han sido altamente eficientes en la obtención de una mayor participación en la riqueza extractiva de hidrocarburos, pero desafortunadamente han sido menos eficientes en invertir esos recursos para el desarrollo del país. En efecto, el cometido de sembrar el petróleo - aparentemente sencillo durante los años de su formulación- no ha resultado tarea fácil, sino, que por el contrario, ha confrontado apreciables dificultades, algunas de las cuales se han venido superando mientras que otras permanecen vigentes. En general, se admite que las causas que han venido obstaculizando la siembra del petróleo son variadas y complejas ya que dentro de ellas se encuentran elementos de tipo económico, político, social y cultural, los cuales se encuentran altamente interrelacionados a tal punto que algunos casos se confundan como causas y efectos. Dentro de esta compleja gama de causas no se descarta, por supuesto, la incapacidad de los gobiernos que se han sucedido en el ejercicio de la Administración Pública, el peculado y la instrumentación de políticas erróneas. El factor tiempo ha sido también un elemento preocupante puesto que en períodos más cortos que el que en Venezuela se ha utilizado para la siembra del petróleo otros países con menores recursos han alcanzado progresos relevantes. El caso de los llamados "tigres asiáticos" es altamente representativo. Sin embargo, comencemos con algunas de las dificultades iniciales que se plantearon para alcanzar ese objetivo.

1. DIFICULTADES INICIALES

Limitaciones del Mercado Interno. Durante los primeros años de explotación petrolera las dificultades para transformar los ingresos derivados de esa actividad en fuentes permanentes de desarrollo se vinculaban, preferentemente, con las limitaciones del mercado interno, así como con las

dificultades que tenía aquella economía primitiva para asimilar eficientemente tan repentinos y elevados niveles de ingresos y de capitales foráneos. Evidentemente, resultaba poco realista pensar en la posibilidad que un mercado interno que justificase un proceso de industrialización en aquella Venezuela predominantemente rural, carente de medios de comunicación y en donde predominaba el latifundio, el conuco y el autoconsumo. Por consiguiente, durante los primeros años en que se perfiló la idea de sembrar el petróleo los recursos provenientes de la renta de hidrocarburos se orientaron básicamente, por una parte, a inversiones en el sector agropecuario orientadas a compensar a esa actividad de los efectos negativos que venía recibiendo de la explotación petrolera y, por la otra, a iniciar la transformación del país a través de planes de salubridad, saneamiento ambiental, educación, comunicaciones y creación de una infraestructura mínima para el desarrollo.

Sobrevaluación del Bolívar. El elevado ingreso de recursos financieros procedentes del exterior, que la economía venezolana no estaba en capacidad de asimilar eficientemente, trajo como consecuencia, entre otros fenómenos, una elevada sobrevaluación del bolívar. En términos muy generales, suelen exponer los especialistas que una moneda se encuentra sobrevaluada cuando su poder adquisitivo externo es superior a su poder adquisitivo interno, situación que crea problemas para el normal desenvolvimiento de la producción en razón de que los artículos producidos en el exterior resultan más baratos que los producidos localmente, a la vez que dificulta las exportaciones, puesto que el contravalor en moneda nacional que reciben los exportadores se reduce considerablemente. La sobrevaluación experimentada por el bolívar en el período mencionado se originó en la gran afluencia de medios externos de pago como resultado de la explotación petrolera lo que se tradujo en una situación en donde los ingresos de dólares recibidos por concepto de impuestos, regalías e inversiones petroleras, se situaban en niveles muy superiores a la demanda de esa moneda que se registraba en el país para el pago de sus importaciones y otros pagos externos. Esta situación llegó a sus extremos en el año 1934 cuando Estados Unidos devaluó el dólar oportunidad en que Venezuela no lo hizo, lo que significó de hecho una revaluación de nuestra moneda, lo que constituyó un caso excepcional ya que en aquella época de acentuada depresión económica, casi todas las monedas se devaluaban. Para compensar los efectos adversos que sobre las exportaciones tradicionales tenía la sobrevaluación de nuestro signo monetario, en 1936 se estableció un sistema de primas a las exportaciones de café y de cacao, el cual fue sustituido posteriormente por un mecanismo de cambios diferenciales, sin que tales medidas pudiesen evitar la virtual desaparición

de las exportaciones de estos productos. Entre 1960 y 1964 se registró un proceso de devaluaciones y de unificación cambiaria, el cual, según el Gobierno Nacional y el Banco Central, puso cese a la sobrevaluación del bolívar, y establecía las bases para una economía más competitiva.

Tratado de la Reciprocidad Comercial en Estados Unidos. A las dificultades creadas por la sobrevaluación del bolívar y su incidencia desfavorable para alcanzar objetivos de diversificación de la producción nacional se unieron los efectos negativos del Tratado de Reciprocidad Comercial con Estados Unidos suscrito en 1939. Mediante el referido instrumento Estados Unidos se comprometía a otorgar un tratamiento aduanero favorable para el petróleo y otros renglones de exportación venezolanos, lo cual suponía una garantía de colocación de nuestro principal producto de exportación en ese mercado, mientras que Venezuela adquiría el compromiso de no elevar los aranceles ni establecer restricciones cuantitativas a alrededor de cien numerales arancelarios correspondientes a renglones industriales y agrícolas la mayoría de los cuales no se producían para entonces en el país, ni parecían existir posibilidades inmediatas de producirlos, pero que a la larga constituyeron la base del proceso de sustitución de importaciones que se iniciaría después de la Segunda Guerra Mundial. Por consiguiente, a los pocos años de entrada en vigencia el Tratado se convirtió en un considerable obstáculo para el proceso de diversificación de la producción nacional, cuya industria incipiente no podrá competir con la actividad industrial altamente eficiente y especializada de Estados Unidos, con el agravante de que a través de la Cláusula de la Nación más favorecida dicho instrumento era extensivo a otros países industrializados. Después de numerosos pronunciamientos por parte de los sectores económicos del país, dicho Tratado fue objeto de una revisión a mediados de los años cincuenta y denunciado unilateralmente por parte de Venezuela durante la primera administración del doctor Rafael Caldera.

2. Escasa efectividad de la Política Económica y la Planificación

Suele definirse a la política económica como el conjunto de instrumentos a través de los cuales el Estado trata de influir sobre la sociedad y la actividad económica utilizando generalmente el ingreso y gasto público como medios fundamentales de acción. Con la aplicación de esos instrumentos se persiguen los más variados objetivos tales como crecimiento económico, pleno empleo y equilibrio interno y externo. Por regla general la política económica de un país se documentan a través de declaraciones oficiales, planes de gobierno o planes de la nación como recientemente se las denomina. La siembra del petróleo ha

constituido una idea de gran aceptación y alcances a la cual se han destinado cuantiosos recursos pero que aparentemente no ha podido condensarse en una política o cuerpo de políticas suficientemente sólido y coherente como para alcanzar los resultados deseados.

Propósitos, Inconsistencias y Contradicciones. En términos generales resulta posible afirmar que la politica económica venezolana se ha venido orientando en mayor o menor grado a lograr objetivos de desarrollo y diversificación implícitos en la siembra del petróleo y que prácticamente todos los gobiernos que se han sucedido en el ejercicio de la administración han perseguido ese objetivo con diferentes variables, grados de intensidad o énfasis en determinados sectores específicos que según sus apreciaciones deberán conducir al logro de ese propósito fundamental. Sin embargo, los esfuerzos y costos han sido tan apreciables y los resultados tan precarios que en el país ha existido tradicionalmente un marcado escepticismo acerca de la efectividad de la política económica, así como también la percepción de que las deficiencias, inconsistencias y desorientación en el campo han sido característica de la acción pública venezolana prácticamente desde que se inició la explotación petrolera y se comenzaron a utilizar los recursos provenientes de esa actividad en la satisfacción de las necesidades colectivas y el fomento del desarrollo. Venezuela -según afirmación bastante generalizada- ha sido una suerte de gran laboratorio económico en donde se han experimentado prácticamente todas las teorías y recetas empíricas para el desarrollo sin alcanzar los resultados esperados. Suele citarse al respecto, como ejemplo, la acentuada intervención del Estado en la economía que privó durante largos años y el paso repentino del intervensionismo excesivo al liberalismo económico radical propiciado por los mismos dirigentes políticos que anteriormente rendían culto al intervensionismo. La nacionalización petrolera llevada a cabo durante el decenio de los años setenta y los intentos de reprivatización de esta importante industria pocos años después, constituye también un ejemplo relevante.

Confusión de Diagnósticos o Diagnósticos Equivocados. Las inconsistencias y contradicciones de la política económica parecen constituir un reflejo de lo que en opinión de algunos especialistas se denomina confusión de diagnósticos o "teoría del diagnóstico equivocado". A través de los años han sido numerosos los diagnósticos y soluciones propuestas acerca de la mejor forma de llevar a cabo los objetivos de siembra del petróleo, centrándose la mayoría de ellos en fomento de la actividad agropecuaria o industrialización sustitutiva de importaciones. La posibilidad de dar prioridad al mejoramiento del capital humano o a la inversión reproductiva tradicional orientada a la creación de empleos y al aumento de la producción, ha sido otro elemento objeto de

controversia y puntos de vista extremos y excluyentes. En períodos recientes ha venido predominando la idea de que muchas de las políticas de desarrollo que se han puesto en práctica en el país no han alcanzado los objetivos deseados por estar fundamentados en diagnósticos equivocados. Según esta tesis, por error de diagnóstico, se ha propiciado un crecimiento hacia adentro basado en industrias no competitivas que demandan una alta protección del Estado y resultan altamente ineficientes para enfrentar los retos de la diversificación de las exportaciones implícitas en la siembra del petróleo. Los defensores de esta nueva corriente sustentan el criterio de que debe propiciarse un crecimiento hacia fuera basado en industrias altamente competitivas.

Deficiencias en Materia de Planificación. Desde el año de 1959 la política económica venezolana comienza a enunciarse, sistematizarse y documentarse a través de planes de mediano plazo denominados "planes de la nación", instrumentos llamados a sustituir las formulaciones empíricas y la improvisación que había venido prevaleciendo en años anteriores. Con la incorporación de estos modernos sistemas de planificación se pensó que el país se enrumbaría definitivamente hacia metas de desarrollo a través de la más eficiente y racional utilización de los recursos productivos, lo cual no ha sucedido. Hasta ahora, los planes de la nación se han caracterizado por su escaso grado de cumplimiento y falta de continuidad, a tal punto que según algunos comentaristas "la nación suele marchar por un lado y el plan por otro". En términos más específicos, se aduce que una de las mayores fallas de la planificación en Venezuela radica en la carencia de un modelo prospectivo que oriente los planes de mediano plazo dentro de un concepto coherente y una dirección sistemática de largo plazo. También se argumenta que los planes de la nación se han venido elaborando, básicamente, como programas sistemáticos de gastos e inversiones del sector público sin tomar en cuenta o relegando a un segundo plano la colaboración que puede prestar el sector privado cuyo carácter resulta decisivo en una economía mixta como lo muestra. La ausencia de planes operativos anuales que se coordinen con los planes de mediano plazo y éstos a su vez con los de largo plazo, constituye otra limitación relevante.

Elevado Endeudamiento e Inadecuada Utilización del Crédito Público. El elevado endeudamiento particularmente de origen externo y la inadecuada utilización del crédito público constituye otro problema relevante. A pesar de que Venezuela ha contado con recursos elevados para financiar su desarrollo (con el agravante de que la economía nacional no ha podido asimilarlas eficientemente), en distintas oportunidades se ha procedido a contratar empréstitos externos para acelerar el proceso de crecimiento económico. A mediados de los años setenta cuando los ingresos públicos llegaron a topes sin

precedentes con motivo del alza de los precios del petróleo se decidió iniciar un programa de empréstitos masivos para financiar una serie de proyectos particularmente en la región de Guayana, creándose una presión excesiva sobre los recursos físicos y humanos que se tradujo en estrangulamientos y cuellos de botella. De ese gigantesco endeudamiento -según respetables autores- en poco se benefició la economía nacional y sólo quedó la carga de una elevada deuda externa que contribuyó a la crisis de los años ochenta y noventa. No pocos especialistas han sustentado la tesis de que los recursos derivados de esos empréstitos no ingresaron al país o fueron utilizados para propósitos distintos de los originalmente previstos.

Devaluaciones e Incertidumbre Cambiaria. Si bien a comienzos de la explotación petrolera la sobrevaluación del bolívar se convirtió en un apreciable obstáculo para el desarrollo de otras actividades productivas distintas del petróleo, en los últimos veinte años las persistentes y acentuadas devaluaciones han creado distintos trastornos y no han tenido el efecto favorable de aumentar la competitividad externa y fomentar las exportaciones no petroleras. Desde Febrero de 1983 (Viernes negro) el bolívar se ha devaluado en proporciones calificadas de brutales al pasar de Bs. 4.30 por dólar en esa fecha a cifras que sobrepasaban los Bs. 1.500 por dólar a finales del año 2002. En ese período se han ensayado los más variados esquemas cambiarios: controles de cambio, libre convertibilidad, minidevaluaciones, bandas de flotación y libres flotaciones. Se estima que –además de no haber creado condiciones favorables para estimular las exportaciones- las devaluaciones han tenido un efecto decisivo sobre los procesos inflacionarios por tratarse de una economía que tiene una elevada dependencia de la importación de alimentos y materias primas. Estudios realizados demuestran también alta correlación entre el proceso de devaluaciones y la regresividad en la distribución del ingreso.

3. Causas de carácter predominantemente político, social, ético y cultural

A las causas de carácter económico, ya comentadas, se unen otras de tipo predominantemente político, social, ético y cultural, asociadas de una manera y otra a la explotación petrolera o derivadas de dicha explotación, las cuales se han convertido en obstáculos adicionales para transformar esa riqueza en fuentes permanentes de producción y empleo. Estas causas se vinculan preferentemente con actitudes mentales de la población o con deficiencias de nuestra organización política y social.

Cultura Rentística y Psicológica Minera. Dentro de este grupo de causas se encuentra a la llamada psicología minera o cultura del petróleo,

analizada por numerosos autores y caracterizada entre, otros aspectos, por el facilismo, el consumismo, la falsa ilusión de riqueza, la inversión de valores, la imitación de patrones de consumo de países altamente desarrollados, la apreciación patológica de bienes y servicios no esenciales y el relajamiento de la identidad nacional. Estas deformaciones de la economía y sociedad venezolana (que posiblemente tienden a desaparecer con la crisis actual), han tenido considerable incidencia en el pasado y fueron expuestas y criticadas duramente por Uslar Pietri en distintos ensayos y artículos de prensa. El autor compara la riqueza petrolera con el "Mito del Dorado" que estuvo presente durante el período de la Conquista y la Colonia, haciendo hincapié en que el petróleo aparentemente hizo realidad ese "Dorado" en una dimensión que ni siquiera la más exaltada imaginación de los buscadores de oro pudo jamás visualizar. Dentro de este mismo orden de ideas se encuentra un trabajo de la profesora Terry Karl, en dónde analiza, entre otros aspectos, la influencia que sobre las estructuras políticas y el comportamiento de la sociedad venezolana ha tenido el petróleo. En dicho trabajo, ampliamente comentado por Alberto Quirós Corradi en distintas oportunidades, la Profesora Karl, según el mencionado comentarista, inicia su ensayo recordando que por muchos años los venezolanos creían que Dios era venezolano, por cuanto no había crisis económica o política que no se solucionara mediante un ingreso adicional inesperado del recurso petrolero, originado generalmente en los conflictos bélicos del Medio Oriente.

Distorsiones e Ineficiencia del Estado Venezolano. Las distorsiones e ineficiencia del Estado Venezolano han constituido posiblemente una de las causas de mayor peso que han incidido desfavorablemente sobre la siembra del petróleo. Dichas distorsiones se encuentran íntimamente ligadas a las que afectan a la sociedad en general, pero en el caso del Estado revisten mayor gravedad por ser éste el preceptor de la riqueza del subsuelo y el encargado de utilizarla para propósitos de diversificación de la producción. El Estado venezolano, según opinión generalizada, además de ser un deficiente administrador no ha podido diseñar e implementar políticas adecuadas para alcanzar en plazos razonables objetivos de desarrollo ni para contrarrestar los factores adversos que han obstaculizado el proceso. Se le atribuye haber sido el gran dilapidador de la riqueza petrolera, además de no haber podido crear condiciones favorables para la inversión reproductiva por parte de los agentes económicos privados.

Corrupción Administrativa. Puede considerarse como una secuela de las distorsiones del Estado venezolano, la cual se ha convertido en causa adicional que obstaculiza la siembra del petróleo debido a las filtraciones del

gasto público que ella origina, así como a la tendencia a tomar decisiones que no responden al interés nacional y que se adoptan en función de intereses creados o en beneficio de los administradores de la cosa pública. Como resulta obvio, la corrupción constituye un fenómeno ampliamente generalizado en la mayoría de los países, pero en el caso nuestro parece cobrar dimensiones excepcionales debido a causas como las siguientes: a) Elevada riqueza del Estado frente a la pobreza del sector privado en cuyo caso ha llegado incluso a asignársele un valor redistributivo y en algunos casos a darle una valoración positiva; b) Desmedida intervención del Estado en la actividad económica y discrecionalidad del funcionario en el otorgamiento de licencias, cuotas, permisos y decisiones que pueden afectar positiva o negativamente al sector privado; c) Ausencia de normas reguladoras precisas sobre determinadas actuaciones públicas, lo que favorece aún más la discrecionalidad administrativa; d) Impunidad ante los delitos en contra de la cosa pública y elevado poder que han mantenido los partidos políticos para ocultar casos concretos de corrupción a través de los llamados mecanismos de "solidaridad automática".

Populismo. Ha sido considerado por algunos analistas como una desviación perversa de la política económica y como una causa determinante de los escasos resultados en la obtención de las metas de desarrollo y diversificación de la producción. Al respecto, suele calificarse al gobierno venezolano como "un gobierno que sabe distribuir la riqueza pero que no lo crea", acusándose también de mantener "un estilo y una cultura populista" y de despilfarrar el ingreso petrolero de la nación con propósitos predominantemente electorales, sin ningún interés por el desarrollo económico. Por otra parte, en muchos de los trabajos realizados sobre la materia se asienta de manera expresa o tácita que el populismo no sólo se refiere a distribución de recursos a las grandes mayorías de la clase trabajadora, sino también a la clase media y al sector empresarial, particularmente a este último sector mediante el otorgamiento de créditos a bajos tipos de interés y largos períodos de gracia que generalmente no se cancelan, exoneraciones de derechos de importación y lenidad en el cobro de impuestos.

Escasa Voluntad Política para llevar a cabo una Reforma del Estado. Como se desprende de los distintos diagnósticos realizados, la Administración Pública Venezolana, ha venido creciendo por añadiduras, sin un plan orgánico y sin articulación adecuada como lo demandan las necesidades del país, lo cual encarece costos, crea grandes dificultades y entorpece las relaciones con la colectividad. Su elevado costo se deriva, básicamente, de la excesiva burocratización, de las numerosas duplicidades existentes vinculadas con organismos que desempeñan las mismas funciones, de la ausencia de adecuadas

normas y procedimiento y de la carencia de estímulos y mística del funcionario. Asimismo, las duplicidades se traducen en entrabamientos y permisologías que dificultan la actuación de los agentes económicos privados. Cabe destacar que para estudiar los problemas vinculados con esta materia, se han designado distintas Comisiones dotadas de suficientes recursos e integradas por distinguidos venezolanos, y que las mismas han rendido extensos y detallados informes y recomendaciones que no se han adoptado, lo cual pone en evidencia la escasa voluntad política para tomar decisiones al respecto.

III. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COMO ESTRATEGIA Y MOTOR DE DESARROLLO

Generalmente, se admite que la intervención del Estado en la economía venezolana para alcanzar objetivos de desarrollo económico y bienestar social se inicia en 1936 cuando se formula la consigna de siembra del petróleo y se reafirma e 1939 cuando se suspenden las garantías económicas de la Constitución para hacer frente a las dificultades de abastecimiento creadas por la Segunda Guerra Mundial, suspensión que se prolonga por más de 50 años para apuntalar los objetivos de intervención estatal en la actividad económica. Las responsabilidades del Estado en materia de desarrollo han sido delineadas, de manera general, en algunos textos constitucionales, pero claramente especificadas en la Constitución de 1961, en donde se establece que el Estado deberá promover el desarrollo y diversificación de la producción con el fin de propender a la creación de nuevas fuentes de riqueza, además de asignársele otras funciones específicas como la de crear una industria pesada básica, propender a la eliminación del régimen latifundista y favorecer la integración económica latinoamericana. La Constitución de 1999 reafirma los mismos principios. La intervención del Estado en la actividad económica en el propósito de estimular el desarrollo se ha venido llevando a cabo a través de variadas políticas en algunas de las cuales se han obtenido éxitos razonables mientras que otras se han caracterizado por apreciables fracasos y frustraciones:

Creación de la Infraestructura Básica. La creación de la infraestructura básica para el desarrollo se inicia durante la Administración del General Eleazar López Contreras, quién aparentemente captó de manera cabal el significado de la siembra del petróleo y quien, actuando como lo haría un especialista en desarrollo económico de hoy en día, inició ese cometido mediante la adopción de políticas orientadas al saneamiento ambiental y a la recuperación del capital humano mediante programas de erradicación de las enfermedades endémicas, educación, asistencia social, higiene escolar, nutrición y otros cuya naturaleza era poco conocida en la Venezuela primitiva de aquella época.

Simultáneamente, durante ese mismo período surge, con sus naturales imperfecciones, la estructura política institucional necesaria para el desarrollo, constituida por el Estado de Derecho, el respeto a la Ley y a la opinión pública. Se crean, además, diversas instituciones cuya importancia para los propósitos mencionados resulta evidente como fueron entre otros, el Ministerio de Agricultura y Cría, el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, el Banco Central de Venezuela, el Consejo Venezolano del Niño, el Banco Industrial de Venezuela y el Instituto Técnico de Inmigración y Colonización.

Multiplicidad de Instituciones Crediticias Gubernamentales. Conjuntamente con la creación de la infraestructura básica antes señalada se constituyen numerosas instituciones crediticias gubernamentales para otorgar créditos destinados al fomento de la producción, dentro del supuesto de que éste sería uno de los medios más efectivos para la siembra del petróleo. Dicho proceso se inicia desde finales de los años veinte con la creación del Banco Agrícola y Pecuario por parte del General J.V. Gómez, continuando de manera prácticamente ininterrumpida por casi todos los gobiernos creándose, modificando, suprimiendo o fundiendo distintas instituciones para satisfacer necesidades de crédito agrícola, industrial, a corto, largo y mediano plazo. Entre las instituciones más relevantes creadas al respecto pueden citarse el Banco Agrícola y Pecuario, Banco Industrial de Venezuela, la Corporación Venezolano de Fomento, el Fondo para el Financiamiento de la Pequeña y Mediana Industria, además de otros fondos tales como los Fondos del Café y el Cacao, y el Fondo Frutícola.

Inmigración y Colonización. La preocupación por el fomento de la inmigración como medio de contribuir al poblamiento y desarrollo del país se inicia en el Siglo XIX con las recomendaciones de Agustín Codazzi y comienza a materializarse durante el Gobierno de Guzmán Blanco. A partir del fallecimiento del General J.V. Gómez, resurge esta preocupación creándose el Instituto Técnico de Inmigración y Colonización, organización con propósitos de atraer inmigrantes y asentarlos en colonias agrícolas. Después con la Segunda Guerra Mundial se realiza un amplio esfuerzo de inmigración dirigida o semidirigida a través del cual ingresaron al país un total ligeramente superior a 600.000 inmigrantes europeos (saldo neto), los cuales se estima, prestaron una apreciable colaboración al desarrollo económico, a pesar de que la gran mayoría no se dedicó a actividades agropecuaria como era el propósito original, sino preferentemente a actividades industriales, artesanales y de servicios.

Reforma Agraria y Modernización de la Agricultura. Ha constituido uno de los sectores de atención prioritaria por parte de casi todos los gobiernos

con resultados muy poco satisfactorios. Los esfuerzos sobre la materia se inician como la creación del Banco Agrícola y Pecuario y el Ministerio de Agricultura y Cría y los programas de inmigración y colonización de finales de los años treinta y comienzos de los cuarenta. A comienzos de los sesenta se promulga una ambiciosa Ley de Reforma Agraria cuyo propósito fundamental era "la erradicación del latifundio y el minifundio como factores negativos de carácter externo que habían venido obstaculizando la producción agropecuaria", así como para la dotación de tierras al campesinado y su consecuente incorporación a la sociedad como productor y consumidor. A pesar de las cuantiosas inversiones y esfuerzos realizados las metas previstas en este programa no llegaron a cristalizar, en poco se logró el objetivo de dotar de tierra al campesinado, ni se incrementó la producción agropecuaria.

Política Industrial y Sustitución de Importaciones. Desde finales de la Segunda Guerra Mundial comienza a perfilarse un proceso de industrialización basado en la sustitución de importaciones (que se dificulta originalmente por la sobrevaluación del bolívar y otros obstáculos), pero que comienza a adquirir intensidad desde finales de los años cincuenta y comienzos de los sesenta, apuntalado fundamentalmente por una política industrial constituida por créditos gubernamentales, elevada protección arancelaria y exoneración de derechos sobre materias primas y bienes de capital. A pesar del sacrificio inicial del consumidor, por baja calidad de la producción y elevados precios, el programa continúo avanzando satisfactoriamente, a tal punto que para comienzos de los años ochenta se estimaba que se había alcanzado en alto grado el proceso de sustitución de bienes intermedios y de capital. La alta dependencia de materias primas importadas continua siendo una de las limitaciones de esa política.

La Promoción de Empresas Gubernamentales y el Estado Empresario. Posiblemente, en razón de las dificultades para promover el desarrollo económico a través de créditos al sector privado y dadas las dificultades que confrontaba este último sector para acometer grandes proyectos, el Estado venezolano se convirtió en empresario. Entre las primeras empresas promovidas por el sector público, pueden citarse los centrales azucareros, hoteles turísticos, empresas eléctricas y líneas de transporte aéreo y marítimo. Posteriormente, acogiendo el mandato constitucional (Constitución de 1961), según el cual el Estado deberá promover una industria pesada básica bajo su control se desarrollan industrias como la siderúrgica, la petroquímica y la del aluminio. La nacionalización de la industria petrolera y del mineral de hierro fortalece aún más la actuación del Estado venezolano como empresario.

IV. ESCASA DIVERSIFICACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y LAS EXPORTACIONES

En términos de crecimiento y diversificación de la producción los resultados de la intervención del Estado en la economía no pueden calificarse de satisfactorios especialmente si se les compara con los esfuerzos realizados y los cuantiosos recursos invertidos en ese proceso, aun cuando el problema debe evaluarse en distintos períodos. Como es ampliamente conocido, desde finales de la Segunda Guerra Mundial y, en especial, durante los decenios de los años cincuenta, sesenta y setenta la economía venezolana se caracterizó por un crecimiento sin precedentes, superior al de casi todas las naciones de América Latina. Durante esos años el Producto Interno Bruto total se expandió en un promedio de alrededor del seis por ciento anual, mientras que el Producto Interno Bruto no petrolero lo hizo en porcentaje de entre siete y ocho por ciento anual, relación que denotaba en crecimiento de las actividades internas (no petroleras) superior al de las petroleras y, por consiguiente, un proceso de diversificación de la producción. Sin embargo, a pesar del desbordante optimismo que predominaba el país y de la reiterada afirmación de que Venezuela se encontraba en la "etapa del despegue", el crecimiento registrado no resultaba totalmente satisfactorio, puesto que se concentraba de manera predominante en el sector de los servicios, especialmente en actividades comerciales y construcción, con menor participación relativa en la de actividad industrial y un casi nulo crecimiento en el sector agropecuario. Se trataba, según reiterada expresión de los economistas, de un crecimiento hacia adentro, basado en un proceso de sustitución de importaciones y no de diversificación de exportaciones que no propendía a independizarnos de las exportaciones petroleras sino que, por el contrario, nos hacia más dependiente de ellas.

Con el vertiginoso incremento de los precios del petróleo experimentado a partir de 1973 y hasta 1984, aproximadamente, las recaudaciones fiscales, los ingresos de divisas y las reservas internacionales llegan a niveles sin precedentes, presentándose una vez más -y con características excepcionales- la oportunidad histórica de sembrar el petróleo e iniciar un proceso de crecimiento autosostenido menos dependiente de la exportación de ese producto. Se improvisan ambiciosos planes de desarrollo destinados a la construcción de una "Gran Venezuela", para lo cual se decide complementar los ingresos petroleros con un ambicioso programa de endeudamiento externo sin tomar en cuenta los cuellos de botella o estrangulamiento que podrían producirse con la inversión de tan cuantiosos recursos que la economía no estaba en capacidad de asimilar eficientemente. Aparentemente, se había partido del principio de que los precios del petróleo continuarían creciendo "ad infinitum" y que los

países petroleros estaban llamados a controlar la economía mundial, lo cual no sucedió pues en pocos años las naciones industrializadas estaban nuevamente en control de los mercados y los precios del petróleo comenzaron a declinar aceleradamente. En forma paralela con la declinación de los precios del petróleo se llegó a la conclusión que las inversiones que se había realizado en el país particularmente en empresas gubernamentales no fructificaban y que dichas empresas tendían, más bien, a convertirse en una gravosa carga para el Estado. A partir de 1983, aproximadamente, con unos ingresos petroleros declinantes se inicia el gravoso proceso de cancelación de la deuda contraída; se registran fuertes salidas de capitales a consecuencia de la escasa confianza en el país y en su economía y con ello un fuerte y persistente proceso de devaluaciones, de estancamiento económico y de empobrecimiento. Ante tan evidente fracaso de la política económica comenzó a ganar aceptación la tesis de que la intervención del Estado en la economía no era la vía más adecuada para alcanzar el desarrollo y que era necesaria la búsqueda de nuevas soluciones.

V. EL NEOLIBERALISMO

Coinciden los especialistas en afirmar que el término "neoliberalismo" surgió con ocasión del llamado coloquio Lipermann, convocado por el periodista y analista Walter Lipermann, en donde se discutió ampliamente y recomendó la conveniencia de fortalecer la economía de mercado como medio de promover el crecimiento económico y el bienestar colectivo en razón de que, según esa nueva corriente de pensamiento, la economía dirigida presentaba grandes limitaciones para alcanzar tal objetivo. Modernamente, el neoliberalismo se asocia con Milton Friedman y con la Escuela de Chicago, denominada así porque sus principales pensadores y líderes intelectuales proceden de la Universidad de Chicago, quiénes han realizado intensas campañas para divulgar las ventajas de la economía de mercado frente a las rigideces y limitaciones de la intervención del Estado. Si bien el llamado "credo neoliberal" no es totalmente homogéneo por existir distintas corrientes con diferente matices, sus características comunes más relevantes son, entre otras, la necesidad de mantener un mercado altamente competitivo dejando la mayor libertad posible a la "mano invisible" y a las motivaciones individuales, así como el mantenimiento de un Estado mínimo con la menor intervención posible en la economía.

El Llamado Gran Viraje. En marcado contraste con la política intervensionista, paternalista y populista que se venia llevando a cabo tradicionalmente en Venezuela, el Presidente Carlos Andrés Pérez, al iniciar su segundo período constitucional en 1987, anuncia la instauración de una nueva política económica de orientación neoliberal, y un plan de ajuste estructural

convenido con el Fondo Monetario Internacional como medio de superar la crisis y obtener de ese organismo recursos para el refinanciamiento de la deuda externa. En el diseño de esta política se partió del principio de que la excesiva intervención del Estado en la economía era una de las causas de la crisis y que era necesario dar mayor libertad a las fuerzas del mercado en base a esquemas teóricos que habían venido ganando terreno en escala mundial y que han dado resultados satisfactorios en otros países. En todo caso, la situación económica por la cual atravesaba el país demandaba un nuevo curso de acción. Después de la artificial prosperidad de los años setenta impulsada por los precios del petróleo y del irracional uso de esta bonanza fiscal el país parecía encontrarse sin rumbo y al borde de la ruina, con un elevado endeudamiento externo, una paralización del crecimiento, una población y un gobierno habituado a un modelo rentístico y, en general, una apreciable distorsión de las variables macroeconómicas, a la cual se unían los escándalos de corrupción del control de cambios que se había impuesto bajo la administración de RECADI. Por otra parte, la mayoría de los economistas venían insistiendo en el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones y en la necesidad de una reestructuración profunda de la economía y sociedad venezolana. Aspectos fundamentales de esta nueva política fueron entre otros, la eliminación de los subsidios, la supresión de las regulaciones de precios, la libertad cambiaria, el aumento al precio de la gasolina y una mayor apertura externa de la economía venezolana que se materializaría con el ingreso de nuestro país al GATT. Asimismo para la instrumentación de estos mecanismos se eligió la llamada "terapia de shock" que implicaba la aplicación simultánea de todos ellos bajo el supuesto de que la recuperación debería lograrse al más corto plazo. Se obtuvo una importante asistencia técnica y financiera por parte del Fondo Monetario Internacional.

Rechazo Generalizado. El paquete de Medidas Económicas del Presidente Carlos Andrés Pérez fue objeto del más amplio rechazo por parte de los partidos políticos, los sindicatos, la sociedad civil y el propio partido del gobierno. Como causas fundamentales del rechazo de estas medidas se ha señalado: a) Su anuncio sorpresivo y la circunstancia de las mismas no estaban previstas en el programa de gobierno del nuevo Presidente; b) La escasa popularidad del Fondo Monetario, fomentada en años anteriores por los propios dirigentes políticos que pretendían imponer el nuevo plan; c) Se acusaba al Presidente Carlos Andrés Pérez de haber dilapidado los recursos derivados del aumento de los precios del petróleo y de haber endeudado al país durante su primera administración; d) Se le acusaba, igualmente, de sobrestimar su capacidad de liderazgo al tratar de imponer a la población ideas opuestas a las que habitualmente había sustentado; e) En sectores académicos y gremiales

destacaban las numerosas inconsistencias teóricas y prácticas del plan el cual parecía no contar con el respaldo político ni siquiera del propio partido del gobierno; f) Después de la gran prosperidad económica y derroche de períodos anteriores ahora sólo se ofrecía a los venezolanos "sudor y lágrimas".

Desobediencia Civil y Rebelión Militar. El sólo anuncio de las medidas económicas contenidas en el Plan de Ajuste Estructural dio lugar al surgimiento de una crisis política de graves proporciones que se manifestó originalmente con el estallido social del 27 y 28 de febrero de 1989 con características insurreccionales y trágica secuela de muertes, saqueos, incendios y distintos atentados contra la propiedad, las personas y seguridad pública en general. Restablecido el orden a través de una fuerte intervención militar se produjo una secuencia de protestas y manifestaciones, así como los intentos de Golpe de Estado del 4 de febrero y 27 de noviembre de 1992, a consecuencia de lo cual se registraron cambios de gabinete, alianzas políticas y se consideraron distintas propuestas de rectificación de la política económica que no se llevaron a cabo. Como respuesta final al descontento de las fuerzas armadas, los partidos políticos y la sociedad civil se enjuicio y destituyó al Presidente Carlos Andrés Pérez y se designó al Dr. Ramón J. Velásquez para concluir el período presidencial.

Destino Final del Paquete. Con el enjuiciamiento y destitución del Presidente Carlos Andrés Pérez, su "Paquete de Medidas Económicas" quedó en una situación de relativa indefinición pues los nuevos gobiernos no quisieron comprometerse públicamente con sus medidas pero tampoco las suspendieron. Durante la Administración del Dr. Ramón Velásquez se promulgaron las leyes fundamentales que configurarían la reforma fiscal y financiera constituida básicamente, por el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y una reforma de la legislación bancaria en su conjunto. El Dr. Rafael Caldera privatiza importantes empresas gubernamentales y complementa la reforma fiscal con el aumento al precio de la gasolina y otros combustibles. Hoy en día, después de una evaluación más serena, los analistas consideran que la forma desarticulada y aislada mediante la cual se instrumentaron esas medidas (inadecuada sincronización), conjuntamente con su rechazo generalizado y los trastornos políticos que originaron fueron factores decisivos en su fracaso.

VI. LA FRUSTRACIÓN DE LA SIEMBRA DEL PETRÓLEO

En contraste con las aspiraciones y predicciones de algunos analistas según las cuales para finales del Siglo XX Venezuela debería haber avanzado considerablemente (o haber logrado) las metas de desarrollo y diversificación

de la producción implícitas en la siembra del petróleo, para el período en referencia la situación no podía ser más desalentadora. Después de cerca de 80 años de intensa explotación petrolera y de recibir los más cuantiosos recursos derivados de esa actividad no sólo no habíamos diversificado y estimulado la producción en la medida deseada sino que estábamos sumidos en una de las más graves crisis que ha registrado el país. Dicha crisis, según autorizadas opiniones, no es sólo de carácter económico sino también de tipo social, político, moral e institucional, fenómenos altamente interrelacionadas en un mecanismo en donde se confunden e interactúan causas y efectos y cuyo estudio desafía cualquier intento de adecuada sistematización. Se le ha calificado, además, como "una crisis de credibilidad en las instituciones, en el liderazgo en la conducción del Estado en el desarrollo económico según la concepción tradicional y en el propio funcionamiento del sistema democrático".

La Crisis Económica. Obedece, en esencia, a la ya comentada dependencia que tenemos de la explotación petrolera, así como de las acentuadas e imprevisibles fluctuaciones en los precios de ese combustible, lo que se ha traducido en desequilibrios fiscales y de balanza de pagos que han conducido a elevados niveles de inflación y de devaluación. Por causas más o menos similares el Producto Interno Bruto ha permanecido estacionario o con tendencia a la baja mientras que la población crece a un ritmo más elevado y tiende a concentrarse en los centros urbanos acentuando los problemas de marginalidad. A este cuadro económico se une la descapitalización que ha venido experimentando el país al tener que cancelar una deuda externa, contraída con propósitos aparentemente reproductivos, pero que no tuvo efectos sobre el desarrollo, así como las acentuadas y persistentes salidas de divisas atribuibles a la desconfianza en la economía nacional y en el futuro de nuestro signo monetario.

En términos de cifras estadísticas, la crisis económica venezolana se manifiesta por un descenso sostenido en el producto interno bruto per capita desde finales del decenio de los setenta hasta el presente, con descensos igualmente significativos en las cifras de inversión y consumo. Según respetables analistas, un comportamiento económico semejante resulta hoy en día, poco común en América Latina y sólo se observa en países africanos afectados por graves calamidades (hambrunas, sequías y guerras civiles). Paradójicamente, señalan también los analistas, que los ingresos derivados de la actividad petrolera, aún cuando menguados, son más que suficientes para satisfacer las necesidades de pagos externos del país y contribuir a su desarrollo. La crisis económica venezolana se registra en un ámbito en que la cuenta corriente de la balanza de pagos resulta positiva, lo cual pone en evidencia una

característica relativamente atípica y parece constituir un indicio de nuestra escasa capacidad para gerenciar los recursos obtenidos de la actividad extractiva de hidrocarburos.

La Crisis Social. Constituye una consecuencia evidente del desempleo originado por el receso económico y la contracción de las inversiones, así como por el empobrecimiento del país vinculado con las continuas devaluaciones y la creciente inflación. En efecto, contrario a la idea predominante durante muchos años según la cual la sobrevaluación del bolívar era la causa fundamental de nuestros males porque estimulaba las importaciones y desestimulaba las exportaciones no petroleras, las experiencias que hemos tenido con las correcciones del tipo de cambio no han sido las más satisfactorias. En los últimos 20 años, aproximadamente, el tipo de cambio ha pasado de Bs. 4,30 por dólar a una cifra que al momento de escribir estas notas se aproxima a los Bs. 1,500 por dólar, sin que con ello las exportaciones (tradicionales o no tradicionales) hayan crecido a un ritmo similar. De haberlo hecho, Venezuela sería hoy en día uno de los países de economía más sólida y competitiva. Por el contrario, el efecto conjunto de las devaluaciones y de la inflación se han traducido en un deterioro extraordinario del ingreso real de la población y en un incremento de la pobreza. No pocos economistas han hecho cálculos bastante convincentes a través de los cuales se demuestra una alta correlación entre los fenómenos de devaluación inflación e incremento de la pobreza, lo cual puede comprobarse, además, por la simple observación empírica. Según cifras bastantes conocidas en los últimos veinte años, aproximadamente, la pobreza crítica ha pasado de alrededor de un 5% de la población a cerca del 63% mientras que la pobreza general se ha incrementado de un 14% a un 85%. Algunos analistas consideran que este deterioro en la situación económica se debe a que al petróleo ha perdido dinamismo para impulsar el crecimiento o a que el modelo de desarrollo está agotado. Esta tesis tiene razonable sustantación, pero con ello se trata de exculpar a los gobernantes y planificadores cuyos errores son parte fundamental del problema.

La Crisis Política. Se inicia con la presentación de las medidas económicas anunciadas por el Presidente Carlos Andrés Bello y constituye un reflejo indudable de la crisis económica y social que afectan la gobernabilidad. Sus manifestaciones más resaltantes son la conflictividad social, la desobediencia civil y la rebelión militar. Se estima que con la presentación de las nuevas medidas económicas (Gran Viraje) se rompieron una serie de alianzas formales e informales o en un sistema de concertación populista que venía prevaleciendo y que se materializaba en el llamado "Pacto de Punto Fijo". Según los analistas la crisis política presenta varios aspectos diferentes entre ellos: ***Crisis de***

Representatividad. Constituida por una significativa reducción del respaldo popular a los gobernantes electos: congresantes, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, partidos políticos e instituciones fundamentales del sistema democrático. ***Crisis de Consenso.*** Caracterizada por un agotamiento del consenso en torno a los objetivos más generales del sistema político y en la forma de llevarlas a cabo, situación contraria a la alta consensuabilidad que había prevalecido entre las élites políticas durante más de 30 años después del derrocamiento del General Marcos Pérez Jiménez. ***Crisis de Legitimidad.*** Se manifiesta por dudas acerca de la legitimidad del sistema político, en razón de que los mecanismos electorales no eran los más expeditos ni transparentes, puesto que los mismos han estado manipulados por los partidos mayoritarios. ***Crisis de Obediencia a la Autoridad.*** El resultado conjunto de la conflictividad social, la escasa representatividad de los partidos y dirigentes políticos y la falta de consenso en cuanto a las decisiones fundamentales ha sido una crisis de desobediencia a la autoridad que se inicia con la desobediencia civil propugnado por distintos grupos a partir de los sucesos del mes de febrero de 1989.

La Crisis Moral e Institucional. A la crisis económica se une la crisis moral e institucional que en el período bajo consideración ha asumido proporciones y características alarmantes. La crisis institucional se relaciona con la ineficiencia y deformaciones del Estado el cual, según respetables opiniones, no ha constituido ni constituye la plataforma o estructura mínima para llevar a cabo los programas de desarrollo que requiere el país. Un Estado como el venezolano que según algunos comentaristas ha sido incapaz de resolver problemas tan elementales como dotar al país oportunamente de papel sellado y estampillas, placas para los vehículos o documentos de identidad a los ciudadanos, difícilmente puede realizar cometidos tan complejos como diseñar e instrumentar programas de desarrollo de largo alcance. Los proyectos de reforma del Estado, como es sabido, han sido numerosos y en muchos casos bien concebidos pero ha faltado la voluntad política de llevarlos a cabo. El deterioro moral relacionado con la corrupción administrativa, tradicionalmente circunscrita al sector público se ha extendido a casi todos los ámbitos de la sociedad. La crisis bancaria de 1994 es prueba fehaciente de ello. Banqueros inescrupulosos, amparados en una supervisión bancaria negligente o cómplice invirtieron más de la mitad de los ahorros del público en negocios riesgosos y en autocréditos para su propio beneficio, lo que se tradujo en el colapso de un gran número de instituciones bancarias, a cuyo rescate tuvo que acudir el Estado con auxilios financieros de una magnitud similar al presupuesto de ingresos y gastos públicos de la época. El resultado final de esta asistencia crediticia fue un incremento apreciable de la inflación y una devaluación adicional del bolívar

que se convirtieron en una gravosa carga para la colectividad. La administración de justicia resultó inoperante para castigar a este tipo de delitos ya que ningún banquero fue condenado por tan reprobables actuaciones. Ello acentuó de manera significativa la desconfianza en el país y en sus instituciones.

VI. LOS POSTULADOS DE LA V REPÚBLICA

La respuesta del electorado al llamado del candidato presidencial Hugo Chávez Frías para transformar Venezuela y sacarla de la crisis en que se encontraba sumida pareció demostrar un alto consenso nacional acerca del agotamiento del modelo político económico que venía prevaleciendo, así como también sobre la responsabilidad de los partidos tradicionales y sus dirigentes en el fracaso de la política económica y, fundamentalmente, sobre la necesidad de establecer nuevos rumbos en la conducción del país. El amplio respaldo electoral al nuevo dirigente quedó demostrado tanto en la elección presidencial como en los procesos de elección de la Asamblea Constituyente y relegitimación de los Poderes Públicos. Naturalmente, han existido y pudieron existir distintas interpretaciones de este fenómeno político denominado "Revolución Bolivariana" pero la que se relaciona con la necesidad de un cambio parece ser la más acertada. Por otra parte, las propuestas económicas y sociales presentadas sobre una economía "humanista autogestionaria y competitiva", sobre las nuevas relaciones entre el Estado y la Sociedad en donde se combinen armoniosamente "la mano invisible del mercado" con "la mano visible del Estado", parecen concordantes con las necesidades del país, además de que la convocatoria de una Asamblea Constituyente y la reforma constitucional propuesta era tema que se venía discutiendo con anterioridad en el seno de los partidos políticos tradicionales. Sin embargo, la reacción del aparato productivo no ha sido favorable a los nuevos cambios políticos. En general, el nuevo gobierno ha concentrado su atención en programas sociales, ampliamente justificados por el incremento de la pobreza comentados en párrafos anteriores, pero tales programas no han tenido un adecuado efecto multiplicador de la actividad económica puesto que en la mayoría de los casos no se traducen en aumento de la producción interna sino en importaciones. Durante los años 2000 y 2001 la actividad económica del país presentó algunos aspectos positivos especialmente en lo que concierne al control de la inflación, pero en el 2002, a pesar de haberse registrado un alza en los precios del petróleo, los indicadores económicos resultan negativos al haberse experimentado una devaluación que para el tercer trimestre se aproximaba al 100% y haberse previsto una baja en el PIB del orden del 6%. Según la mayoría de los analistas estos resultados han sido originados por la alta conflictividad política prevaleciente, lo que ha traído como consecuencia un fuerte descenso en la inversión privada y una elevada salida de capitales hacia el exterior.

VII. UNA ULTIMA OPORTUNIDAD

Pese a las dificultades, incapacidad o negligencia que hemos tenido con la siembra del petróleo, la naturaleza ha continuado siendo generosa con Venezuela. Desde hace varias décadas, respetables analistas nacionales e internacionales habían previsto que para finales del Siglo XX las reservas petroleras del país deberían haberse agotado, así como también que para esta misma época el petróleo debería haber sido sustituido por otra fuente de energía, lo cual no ha sucedido. En distintos estudios y foros realizados con la participación de especialistas en la materia se ha llegado a la conclusión de que Venezuela podría tener vida petrolera capaz de extenderse por 100 años o más, situación en donde juega un papel preponderante la faja bituminosa del Orinoco. En cuanto a la sustitución del petróleo por otra fuente de energía el tema resulta también complejo y difícil de formular predicciones razonablemente precisas. En general, este proceso se está llevando a cabo, particularmente en la producción de electricidad, pero a un ritmo muy inferior al previsto originalmente, en virtud de los graves riesgos de contaminación ambiental, acentuados en períodos recientes por el terrorismo. En el transporte automotor las perspectivas de sustitución parecen menos cercanas. De todos modos, los cambios tecnológicos constituyen una fuerte amenaza para el petróleo el cual deberá perder importancia como combustible en el Siglo XXI. La era dorada del petróleo en el Siglo XX posiblemente no se repita. En todo caso, existen fuerzas y tendencias muy contradictorias para predecir la situación del mercado petrolero en un plazo razonable como son, entre otras: a) El elevado crecimiento de la demanda mundial de energía, cuyo ritmo avanza generalmente por encima de las proyecciones; b) La extraordinaria capacidad que han demostrado los países altamente industrializados para ahorrar energía o hacer más eficiente su consumo; y, c) La actitud que asuman los países exportadores de petróleo para mantener niveles de precios justos y remuneradores que no incidan desfavorablemente sobre la economía mundial, ni estimulen procesos acelerados de sustitución de este combustible por nuevas fuentes de energía. La impredecible geopolítica petrolera es otro factor determinante.

Consecuencialmente, después de haber desperdiciado las mejores oportunidades históricas para transformar la renta petrolera en fuentes permanentes de producción y de riqueza e independizarnos de la dependencia de ese producto, Venezuela cuenta todavía con una última oportunidad para alcanzar tan importante objetivo, la cual no debe ni puede ni debe desperdiciar. Esta oportunidad resulta, sin embargo, mucho más limitada que las anteriores puesto que depende de un mercado petrolero sujeto a numerosas contingencias y, por lo tanto, relativamente incierto. Asimismo, se encuentran presentes otros

factores que pueden incidir negativamente como el acentuado crecimiento de la población y las mayores necesidades sociales que tienen que atenderse, lo que resta posibilidades a las inversiones públicas. Persisten, además, los factores psicológicos adversos relacionados con la riqueza fácil, no ganada con el trabajo creador. Frente a este inventario de factores negativos existen también otros de carácter indudablemente positivo como son el mejoramiento del capital humano a través de los programas de educación y sanidad, la existencia de una infraestructura física más adecuada, los avances realizados en materia científica y tecnológica y, por supuesto, la existencia de grandes recursos energéticos, base fundamental del desarrollo. Hechas estas consideraciones, resultaría imperdonable que los venezolanos pudiésemos desaprovechar esta última oportunidad que se nos ofrece de sembrar el petróleo, para lo cual debemos de retomar la idea original de Uslar Pietri y diseñar estrategias a fin de llevarla a cabo dentro de las nuevas condiciones prevalecientes. Un programa de acción en ese sentido debe tomar en cuenta, entre otros, los siguientes lineamientos fundamentales, básicamente indicativos y no limitativos.

1. En el Orden Educativo y Comunicacional

A través de una adecuada estrategia comunicacional debería ponerse en primer plano o actualizarse la aparentemente olvidada idea de sembrar el petróleo, destacando la elevada dependencia que tiene el país de ese producto y los peligros que ello involucra.

A la estrategia comunicacional antes citada deberá dársele tanta prioridad y asignarse tantos recursos como los que se han utilizado en campañas institucionales, orientadas a crear matrices de opinión favorables a la defensa de la democracia, al respeto a los derechos humanos, al equilibrio ecológico o la defensa de los intereses económicos y políticos del Tercer Mundo.

El Estado conjuntamente con las universidades y distintos institutos de investigación públicos y privados deberá realizar en forma coordinada estudios sistemáticos y de carácter multidisciplinario sobre este problema los cuales deberán comenzar por recopilar, evaluar, actualizar y sistematizar las distintas propuestas y recomendaciones que se han hecho al respecto.

Las universidades y otras instituciones de educación superior deberán ofrecer seminarios permanentes sobre tan importante materia cuyos resultados no deberán quedarse sólo en la cátedra sino que deberían analizarse dentro del contexto más amplio previsto en el punto anterior. La iniciativa de la Academia Nacional de Ciencias Económicas al realizar un

foro sobre la "Venezuela Postpetrolera" es una experiencia que debe repetirse y prestársele más cuidadosa atención.

2. En el Orden Económico

El Estado venezolano ha visto disminuir considerablemente los cuantiosos recursos financieros de que dispuso en oportunidades anteriores para promover un desarrollo de corte predominantemente gubernamental, requiriéndose en la actualidad para ese propósito la colaboración del capital privado nacional y extranjero.

La colaboración del capital privado se justifica por la inminente necesidad de crear empleos, sustituir importaciones y promover exportaciones. El menor dinamismo del sector petrolero para estimular la economía interna y la necesidad de diversificar las exportaciones para independizarnos del sector petrolero, constituyan elementos adicionales de juicio que justifican esta alternativa.

Para lograr los objetivos de estimular la inversión reproductiva existe un consenso generalizado de que el Estado debe crear una serie de condiciones propicias entre las cuales se destacan una clara definición de política económica, seguridad jurídica y seguridad personal. Dentro del mismo contexto, deben hacerse los máximos esfuerzos para garantizar la estabilidad monetaria y cambiaria.

El desmedido intervencionismo del Estado en la economía parece tener menos justificación en un país que requiere urgentemente de la inversión privada y de la iniciativa de los particulares. Al respecto, existe cierto grado de consenso en que deben combinarse armoniosamente "la mano invisible del mercado" y "la manos visible del Estado".

La nueva situación económica del país impone un fuerte reajuste y racionalización del gasto público. En tal sentido, se impone la adopción de la tesis de Juan Pablo Pérez Alfonzo, según la cual los gastos ordinarios del Estado deberían financiarse con la tributación ordinaria, mientras que los ingresos petroleros deben destinarse a inversiones genuinamente reproductivas. Esto requiere, por supuesto, de un período de transición, pero un propósito firme y una dirección definida.

Cabe agregar, finalmente, que el Estado podría incrementar sustancialmente su capacidad de inversión para fines de desarrollo a través de la contratación de crédito público externo, pero las lamentables experiencias registradas al respecto demandan gran cautela en este campo.

3. En el Orden Político Administrativo y Social

El desarrollo económico debe marchar en armonía con el sistema político y social puesto que los mismos se apoyan mutuamente y tienen un alto grado de complementariedad. Dentro de este contexto, partimos del principio de que para lograr los objetivos de diversificación de la producción y de las exportaciones implícitos en la siembra del petróleo, se requiere mantener y fortalecer un sistema democrático electivo, representativo y participativo. Las distorsiones del sistema democrático como el populismo y la corrupción administrativa son contrarios a los objetivos de desarrollo.

El sistema económico constitucional o la llamada "Constitución Económica", como le denominan algunos autores, ha delineado objetivos generales de desarrollo cónsonos con nuestras necesidades, pero más importante que la Constitución es el grado de cumplimiento de la misma. Existe una apreciación generalizada en el sentido de que en Venezuela el orden constitucional tiene un cumplimiento limitado. La suspensión casi indefinida de las garantías económicas contenidas en la Constitución de 1961 es un ejemplo de ello.

Para lograr el importante objetivo de siembra del petróleo resulta fundamental la concertación de un acuerdo entre los principales partidos políticos, la sociedad civil, los organismos empresariales y sindicales en donde se establezcan los lineamientos generales y bases mínimas de esa política. La supervisión y evaluación continua de ese acuerdo por una Comisión Especial o un grupo de notables es complemento indispensable.

Debido al apreciable incremento de la pobreza tanto crítica como general, hoy en día se requiere con mayor urgencia del gasto público en programas sociales por parte del Estado, pero debe tomarse en cuenta que dicho gasto no tiene el efecto multiplicador deseado porque se desvía en alta medida hacia las importaciones. Conciliar las políticas sociales con los incrementos en la producción nacional resulta una imprescindible necesidad. De igual modo, la manera más efectiva para combatir la pobreza es a través de la creación de fuentes permanentes de trabajo.

En pocas materias existe un consenso tan elevado en el país como en la necesidad de reformar el Estado a fin de redimensionarlo y hacerlo más eficiente. De igual modo, la reforma del Estado constituye uno de los temas que más se ha abordado en estudios detenidos y objetivos por parte de especialistas nacionales y extranjeros. Los trabajos de la Comisión de Estudio

y Reforma Fiscal publicados en 32 volúmenes constituyen la mejor demostración de ello, pero, aparentemente, ha faltado la voluntad política de llevar a cabo tan importante objetivo. Sin un Estado eficaz y redimensionado difícilmente podrán lograrse objetivos de desarrollo.

4. En el Orden Ético y Cultural

Finalmente, en el orden ético y cultural se requiere de una lucha a fondo contra la corrupción administrativa, así como un reconocimiento a los valores del trabajo, la creatividad y la innovación, todo lo cual debe traer como resultado una sociedad más equilibrada más justa y competitiva. La psicología del país minero y la propensión al facilismo son vicios que deben erradicarse no sólo por medio de campañas educativas sino también a través del ejemplo que debe proporcionar el Estado, calificado por respetables venezolanos como el principal derrochador de la riqueza petrolera. La pulcritud y eficiencia en la administración de justicia debe complementar estas acciones. El ejemplo moralizador del Estado, del liderazgo político y de las clases dirigentes debe estar presente en toda la sociedad.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

POR ALFREDO DE STEFANO PÉREZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. NOCIÓN Y ORIGEN. III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. ¿NEUTRALIDAD O FLEXIBILIDAD?. IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SU INTERPRETACIÓN. V. ETAPAS DEL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA. VI. EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA. VII. EL RÉGIMEN DE ECONOMÍA MIXTA. VIII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE CO-INICIATIVA. IX. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. X. CONSIDERACIONES FINALES. XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se expondrán algunas breves consideraciones sobre la discusión teórica que se ha erigido en torno a temas como la Constitución Económica y la intervención del Estado en la economía.

El elenco de enunciados que conforman el título y objeto del presente trabajo han sido ampliamente debatidos por la doctrina nacional y extranjera, razón por la cual se procurará abarcar en el desarrollo del tema las principales referencias bibliográficas que se encuentran disponibles en el repertorio académico.

---

*. *Universidad Central de Venezuela*. Abogado, mención Magna Cum Laude. *Escuela de Derecho*, Profesor. *Tribunal Supremo de Justicia*, Sala Electoral, Secretario.

El trabajo se inicia con el examen acerca de la noción y origen de la Constitución Económica, comprendiendo, además, aspectos interesantísimos como: las razones que justifican la existencia y distinción de una Constitución económica dentro del ámbito de las Constituciones políticas de los Estados modernos; en cuanto al origen histórico de ésta, cabe destacar la peculiar aparición de la expresión Constitución económica como una voz empleada, en sus inicios, por los economistas, y la sucesiva adopción del término por la ciencia jurídica; también, se exponen algunas definiciones de Constitución económica formuladas por la doctrina, así como el alcance de la previsión en la Ley Fundamental de un marco regulador general del sistema económico de la Nación.

A continuación, se elabora una exposición en torno al principio de neutralidad y al principio de flexibilidad atribuible a la Constitución Económica, según sea el caso. En dicho examen se podrá apreciar la sutil línea divisoria entre ambos principios, así como la dificultad de encuadrar un texto constitucional en uno u otro, e, incluso, la confusión generada en el uso de dicha distinción. Asimismo, se hace mención brevemente a la polémica suscitada en España en cuanto a la caracterización de su Constitución económica como neutral o flexible. Con especial mención a Venezuela, se cita la posición jurisprudencial y doctrinal con relación a nuestra Carta Magna de 1999.

En ese mismo contexto, se examina las dificultades de interpretación que presentan dichas Constituciones y las técnicas empleadas por los constituyentes para sistematizar las normas constitucionales de contenido económico.

Iniciando la aproximación al estudio de la Constitución Económica venezolana y el intervencionismo del Estado en la economía, se efectúa un breve repaso sobre la relación entre el Estado y la economía, una sucinta mención a las diversas etapas transitadas, dentro de la evolución del régimen jurídico económico acaecida en Venezuela en nuestros años de vida republicana.

De seguida, se realiza una apretada síntesis de la evolución de la Constitución Económica en Venezuela, a partir de la Constitución de 1811 hasta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Con relación a esta última, se citan los aspectos más relevantes del sistema económico que contempla, sin pretender incurrir en un estudio minucioso de cada uno de sus elementos.

Del examen de los dos últimos textos constitucionales venezolanos, cabe concluir la consagración de un régimen de economía mixta o de economía social de mercado. Al respecto, se estudian sus principales características e implicaciones.

Finalmente, concluye este estudio con unas consideraciones generales relativas a la intervención del Estado en la economía, destacando las causas que han pretendido justificar o legitimar la intervención del Estado, pero advirtiéndose que dicha intervención estatal encuentra como límite el contenido esencial de los derechos de los particulares, y en el supuesto de presentarse un conflicto entre la libertades de los particulares y la intervención del Estado deberá siempre acogerse la interpretación más favorable a la primera. Cierra el punto en cuestión, la referencia a las distintas técnicas de intervención del Estado en la economía, respecto de lo cual nos adherimos a la exposición formulada por el autor italiano SPAGNUOLO VIGORITA.

II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. NOCIÓN Y ORIGEN

Sin pretender soslayar la importancia que, en el ámbito del estudio del Derecho Constitucional, representa la discusión doctrinal en torno a la multiplicidad de conceptos y sentidos que asume el término "*Constitución*", definámoslo como aquel conjunto de normas jurídicas fundamentales de un Estado, las cuales definen las líneas maestras del ordenamiento jurídico de éste y la organización y funcionamiento de los órganos que integran el Poder Público.

En este orden primario de ideas, la anterior definición nos permite apreciar que la Constitución puede escindirse en dos partes:

1. una dogmática: contentiva de los principios generales del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del poder;

2. una orgánica: prevé la organización de los Poderes Públicos, su funcionamiento y ámbito de competencia.

Así pues, el texto constitucional de un Estado se nos presenta como un elenco de normas jurídicas que preceptúan los derechos fundamentales de los ciudadanos, y delimitan la organización, funciones y competencias del Poder Público en los distintos niveles políticos territoriales. Siendo ello así, de manera conclusiva, debe afirmarse que la Constitución define las relaciones entre los ciudadanos y el Estado.

En esa misma perspectiva, cabe agregar que la Constitución como norma fundamental de un Estado, como marco jurídico regulador de las relaciones entre éste y los ciudadanos, consagra los valores y principios que ordenan a la sociedad, por tanto, representando la realidad económica un área de ostensible relevancia para la comunidad, se impone la necesaria participación del Estado

en su normación, lo que justifica la prescripción de las líneas rectoras de la vida económica de la Nación en su texto fundamental. Por consiguiente, hallaremos en la Constitución la regulación de los aspectos fundamentales del régimen económico, de la participación del Estado en la vida económica, de las relaciones Estado-ciudadanos -en su ámbito económico-, y preceptuará los derechos económicos de los ciudadanos.

De esta manera, resulta ampliamente aceptada por el derecho constitucional la necesidad de que el constituyente se pronuncie acerca de los aspectos relativos al funcionamiento de la economía en general, atendiendo a los contenidos materiales de las relaciones económicas que tienen lugar en la sociedad.

Por ende, resulta perfectamente identificable en la Carta Magna un marco regulatorio general de la actividad económica de la Nación, el cual es denominado como *Constitución Económica.*

La expresión *Constitución Económica* fue acuñada en Alemania, en el siglo XIX, como un concepto económico, sin alusión alguna al ámbito jurídico. De manera que, el citado término era empleado por los economistas como sinónimo de "orden económico", "sistema económico" o "modelo económico"[1]. En tal sentido, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO explica que con el uso de esta expresión se hacía referencia al fundamento, la ordenación, la estructura, la base misma del propio sistema económico; en definitiva, los principios y reglas fundamentales por lo que se rige[2].

La utilización de la mencionada locución con un contenido jurídico tendrá lugar a partir de la promulgación de la Constitución de Weimar de 1919, la cual incluyó, además de los derechos políticos de los ciudadanos, el reconocimiento de los denominados derecho sociales y económicos[3]. En consecuencia, la referida Carta Magna reguló -aunque incipientemente- la ordenación jurídica de la actividad económica[4]. Esto condujo a la distinción entre Constitución

1. DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *Derecho Constitucional Económico.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. p. 49.

2. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Derecho Administrativo Económico.* Tomo I. Editorial La Ley. Madrid, 1991.

3. Vale advertir que con antelación a la Constitución de Weimar de 1919, ya la Constitución mexicana de 1917 había adoptado la modalidad de incorporar los derechos económicos y sociales en el Texto Constitucional.

4. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *La Constitución Económica en el texto de la Constitución Española de 1978.* En: Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, Agosto 2000. p. 152.

Política y Constitución Económica, ambas integrantes del mismo texto constitucional y con un eminente contenido jurídico.

La determinación del momento de aparición del término Constitución Económica -en su acepción jurídica- no debe evocar la errónea creencia de que los textos constitucionales precedentes no consagraran los más elementales derechos de los ciudadanos, entre estos: el derecho a la propiedad y a la libertad económica, no, sencillamente se quiere enfatizar que, con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se añadieron, al grupo tradicional de libertades públicas propias del Estado Liberal, un conjunto de derechos económicos y sociales identificados como los derechos de la segunda generación. Asimismo, la Constitución de Weimar manifestó -por primera vez- una eminente preocupación política por ordenar la realidad económica y social de la Nación.

Explicado en los anteriores términos el origen de la Constitución Económica, examinaremos, de seguida, la noción de dicha institución, para lo cual nos permitimos citar las siguientes definiciones:

En palabras de MANUEL GARCÍA PELAYO, la Constitución Económica es el conjunto de "*las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico*"[5].

Por su parte, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO señala que la Constitución Económica no es más que la expresión del marco y de los principios jurídicos de la ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica[6].

Asimismo, GASPAR ARIÑO entiende por Constitución Económica:

> "el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución"[7].

---

5. Citado por: HERNÁNDEZ G., JOSÉ IGNACIO. *Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela*. Revista de Derecho Administrativo N° 10. Septiembre -Diciembre 2000. Editorial Sherwood. Caracas. p. 74.

6. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *ob. cit.*, p. 152.

7. ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de Derecho Público Económico*. Segunda Edición. Comares editorial. Granada, 2001. p. 127.

Finalmente, el Tribunal Constitucional español (STC 1/1982 de 28 de enero) definió la Constitución Económica como "*el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica*"[8].

En ese mismo orden, cabe añadir a tales conceptos, aquel formulado por el autor patrio RAFAEL BADELL, quien considera que la Constitución Económica es "*el conjunto de normas de rango constitucional que establecen el marco regulatorio para el desarrollo de la actividad económica previendo formas de interrelación entre la iniciativa económica de los particulares (individualmente o en grupos, asociaciones o empresas), y la actividad del Estado*" [9].

Además, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, por sentencia del 17 de noviembre de 1999, caso: *Constructora Elive C.A.*, dictaminó que la Constitución Económica es "*el marco jurídico fundamental (...) para la estructura y funcionamiento de la actividad económica (...) en el cual se define el orden económico en sus funciones esenciales y se establecen normas que sirven de parámetros para la acción de los operadores económicos*"[10].

Determinado de esta manera el origen y definición de la Constitución Económica, debe advertirse que la evolución constitucional del siglo XX, en los distintos países, confirmó la vigencia de una *Constitución Económica*, como parte integrante de la Carta Fundamental, y conforme con la cual se consagraban los lineamientos generales de la actividad económica de la nación.

Finalmente, en cuanto a las técnicas o categorías jurídicas mediante las cuales los constituyentes elaboran y sistematizan las normas de la Constitución Económica, se puede mencionar las siguientes[11]:

1. *principios rectores* (son los valores máximos en que se inspira la regulación de la materia y sirven de guía para la interpretación de dichas disposiciones);

---

8. Citada por BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Reflexiones sobre la Constitución Económica*. Revista de Derecho Público N° 43. Julio - Septiembre 1990. Editorial jurídica venezolana. Caracas. p. 6.

9. BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de las normas constitucionales en materia económica*. En: El nuevo derecho constitucional venezolano. Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al doctor Humberto J. La Roche. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. p. 237.

10. Citada por NUÑEZ MACHADO, ANA CRISTINA. *Los principios económicos de la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Constitucional N° 6. Enero – Diciembre 2002. Editorial Sherwood Caracas. p. 129.

11. MEIER, HENRIQUE. *La Constitución económica*. Revista de Derecho Corporativo, Vol. I, N° 1. Universidad Metropolitana. Caracas, 2001. pp. 10-11.

2. *derechos y garantías* (el reconocimiento constitucional de determinadas facultades jurídicas a los particulares frente al Estado o a otros ciudadanos); y,

3. *principios de política estatal* (delinean los objetivos que debe perseguir la acción de los poderes públicos en el orden económico).

III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. ¿NEUTRALIDAD O FLEXIBILIDAD?

Bajo este epígrafe examinaremos un punto de amplia discusión en la doctrina, como es si la Constitución Económica consagra un "modelo" o "sistema" económico concreto, o por el contrario opta por dejar las posibles soluciones particulares a la competencia del legislador y del Ejecutivo.

Sobre este particular, la doctrina ha diferenciado entre el principio de la *neutralidad* y el principio de la *flexibilidad.*

El primero de los mencionados principios (*neutralidad*), se configura en aquellos casos en que el Texto Constitucional se abstiene –deliberadamente o no- de definir un sistema económico concreto y, en consecuencia, transfiere dicha atribución a los órganos del Poder Público responsables de su desarrollo ulterior. De tal manera, el Poder Público no queda sujeto a un modelo en específico, lo que le otorga la libertad de adecuar a las necesidades circunstanciales el modelo a adoptar. Una pretendida justificación de ello se basa en la imperiosidad de ajustar los sistemas económicos a una realidad cambiante, objetivo que difícilmente podría alcanzarse de estar constitucionalizado algún modelo en particular.

En tal sentido, el autor alemán ROLF STOBER explica que la neutralidad debe ser entendida como una amplia disponibilidad de regulación de la ordenación económica, cuya reorientación en un momento determinado puede hacerse sin cambio constitucional[12].

Acorde con ello, la Ley Fundamental únicamente debe consagrar los principales lineamientos de la vida económica de la nación, procurando evadir cualquier pronunciamiento acerca de la elección de algún modelo o ideología económica en específico, de manera de reservar al legislador y al Ejecutivo-conforme con sus competencias constitucionales- una amplia

12. STOBER, ROLF. *Derecho Administrativo Económico.* Ministerio para las Administraciones Públicas. Colección Estudios- Serie Administración General. Madrid, 1992. p. 67.

disponibilidad de definición y regulación del orden económico, a los fines que el modelo que pueda adoptarse en un momento dado no requiera de un cambio constitucional para ser viable.

Este principio fue postulado por la jurisprudencia alemana respecto a la Constitución Económica contenida en la Ley Fundamental de Bonn (1949)[13]. El Tribunal Constitucional alemán en una sentencia relativa a la constitucionalidad de la Ley de ayuda a la inversión, de fecha 20 de julio de 1954, hizo mención a la noción de la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental, lo que interpretó como la posibilidad del legislador de desarrollar la política económica que juzgara más conveniente, teniendo como límite, únicamente, el respeto a la Constitución, y, en especial, a los Derechos Fundamentales. Asimismo, siguiendo una invariable línea jurisprudencial, el referido Tribunal Constitucional, en fecha 1 de marzo de 1979, declaró:

> "La Ley Fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno, sino que encomienda el régimen económico al legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental, sin precisar para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática"[14].

En tal sentido, el autor germano JUAN JORGE PAPIER explica que esta tesis encuentra su principal asidero en el hecho de que la Ley Fundamental de Bonn "*no contiene normativa explícita alguna respecto de la constitución económica y social*", a diferencia del caso de la Constitución de Weimar. Situación semejante encuentra su razón en las circunstancias históricas que envolvieron el proceso de gestación de dicho texto constitucional, como era la reconstrucción de la institucionalidad del Estado alemán tras la derrota militar en la segunda guerra mundial, lo que condujo a concebir dicho texto como provisional. En esa línea de razonamiento, se estimó prudente reservar a una futura Constitución lo relativo a la determinación del orden económico y social[15].

Por otra parte, el principio de la *flexibilidad* postula que el constituyente definió un sistema económico en particular -socialista,

---

13. No obstante, en la actualidad se tiende a admitir la superación de tal posición. Para examinar el fundamento de tal afirmación, véase: HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. *Intervención económica...*, *Ob. Cit.*, p. 80 (Nota al pie de página n° 38).

14. PAPIER, JUAN JORGE. *Ley Fundamental y orden económico*. En: Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2001. pp. 561-562.

15. PAPIER, JUAN JORGE. *Ley Fundamental...*, *Ob. Cit.*, p. 563.

capitalista, o economía mixta-, si bien delineado en grandes rasgos[16], pero confiriéndole a los órganos del Poder Público amplias facultades a los fines de su posterior desarrollo, mas siempre enmarcado dentro de los límites que impone el sistema económico constitucionalizado.

BADELL nos explica que "*La tesis de la neutralidad política excede la mera flexibilidad del régimen económico; la neutralidad debe entenderse como una clave interpretativa conforme a la cual, en primer lugar, la Constitución no determina ni prevé una garantía de modelo económico alguno; en segundo lugar, no deben establecerse juicios en relación con el modelo económico a partir de las disposiciones constitucionales y, en tercer lugar, existe una delegación a favor del legislador quien -atendiendo a las necesidades y a las circunstancias- dentro de los márgenes que la propia Constitución le ha impuesto, y sin más legitimación que la que deriva de su carácter de cuerpo colegiado elegido popularmente, debe establecer la orientación político-económica del Estado*"[17].

A modo de ilustrar la notabilidad de esta polémica en el derecho comparado, procuraremos repasar el debate erigido por la doctrina en torno a la neutralidad o flexibilidad de la Constitución Económica de España de 1978. A tal efecto, es preciso citar la norma que ha generado tal polémica como es el encabezado del artículo 38 de la ley fundamental española:

> Art. 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. (...).

Del examen de la citada norma se aprecia la consagración del derecho constitucional a la libertad económica. Pero, resalta en su lectura el agregado: "*en el marco de la economía de mercado*".

Procurando hallar la justificación de dicha inclusión, el profesor LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO explica que "*la inclusión de la economía de mercado en el precepto fue la contrapartida a que en el texto constitucional se incluyeran limitaciones a la libre iniciativa, que en el futuro la pudieran poner en peligro. Al igual que en repetidas ocasiones, la transacción política más que los miramientos jurídico-constitucionales primaron en la acuñación de una norma*"[18].

---

16. Como lógicamente debería ser propio de las normas constitucionales.

17. BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de la Constitución Económica*. Artículo consultado en la página web: www.badellgrau.com. INTERNET.

18. V.V.A.A. *Comentarios a la Constitución*. Fernando Garrido Falla, coordinador. Tercera edición ampliada. Civitas. Madrid, 2001. p. 833.

El insigne GARCÍA PELAYO analizó la expresión "*economía de mercado*", advirtiendo que doctrinariamente por ésta se ha entendido tres supuestos distintos: economía libre, economía social y economía dirigida. El primero correspondiente al modelo liberal, donde el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo. El segundo supuesto admite la intervención directa del Estado para corregir las fallas o inexistencia del mercado. El último supuesto admite la intervención del Estado ante la insatisfactoria autorregulación del mercado y, además, para la obtención de objetivos nacionales que no pueden quedar al libre juego del mercado, lo que impone que el Estado los asegure mediante la planificación, aunque no sea coactiva[19].

Siguiendo esos lineamientos, el magistrado LUIS DÍEZ PICAZO, en el voto particular de una sentencia del Tribunal Constitucional español, expresó:

> (La Constitución Económica) "designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho sea de otro modo, para el orden del proceso económico, y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la referencia del artículo 38 a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa (Voto particular de la STC de 16 de diciembre de 1981)"[20].

Las anteriores posiciones suscitaron confusión, pues, se interpretó como la aceptación de la vigencia del principio de la neutralidad en la Constitución Económica de 1978, aún cuando lo único que se sostenía era la consagración de un sistema de economía de mercado, dentro del cual entran diversas lecturas y variantes, lo que resulta ser muy diferente a la aceptación de cualquier sistema o modelo económico.

Para concluir, cabe señalar que un sector mayoritario de la doctrina española se ha decantado por la tesis de la consagración de una constitución económica flexible, donde el constituyente trazó las líneas maestras de ésta,

---

19. BERMEJO VERA, JOSÉ. *Derecho administrativo*. Parte especial. Quinta edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 847.

20. Citado por BERMEJO VERA, JOSÉ. *Ob. Cit.*, p. 848.

representadas en un conjunto de derechos económicos y sociales y los principios de la actividad económica. Sin embargo, no se puede soslayar ciertas voces disidentes que reiteran la neutralidad de dicha constitución económica, y, por ende, la aceptación de cualquier sistema económico.

La relevancia de esta distinción (neutralidad-flexibilidad) podrá entenderse mejor a continuación. En el caso de Venezuela, desde la vigencia de la Constitución de 1961, y aún hoy, con la Constitución de 1999, existe la creencia errada que nuestra Carta Magna permite imponer cualquier modelo económico, pues, se pretende deducir que la Constitución Económica no preceptuó un modelo concreto. Una aseveración de tal índole, conduciría a admitir que nuestro país podría transitar desde el "neoliberalismo" hasta el comunismo, bastando simplemente la disposición del gobierno de turno.

Sobre este particular, meridianamente BREWER-CARÍAS afirmó que la Constitución de 1961 no formulaba una Constitución Económica neutra, pues adoptó un sistema en concreto, denominado "*economía social de mercado*", conforme al cual la iniciativa privada y la libertad económica se hallan morigerados por el papel del Estado como ordenador de la realidad económica, a los fines de garantizar el principio de justicia social. Además, el citado autor elogió dicho texto constitucional por permitir un libre juego democrático de las ideologías, pues, la flexibilidad del sistema adoptado conllevaba a transitar sin inconveniente el establecimiento de un gobierno más socialista o más liberal, y sin requerir una reforma constitucional, pero, quedando imposibilitado alcanzar los extremos: una total privatización de la economía o una total estatización de ésta[21]. Conceptos semejantes son mencionados respecto a la Constitución de 1999[22].

Por tanto, cabe observar que, ciertamente en nuestro caso, se ha confundido esa flexibilidad del constituyente patrio con una neutralidad, cuando por el contrario ha existido una deliberada previsión de un sistema de economía mixta, que arrastra una serie de límites que impedirían alcanzar los mencionados extremos, pero siendo tan amplios que pueden llegar a coexistir figuras jurídicas como la nacionalización y la privatización.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 6 de febrero de 2001, Caso: Pedro Antonio Pérez Alzurutt, expresó lo siguiente:

21. BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Reflexiones sobre... Ob. Cit.*, pp. 7-9.

22. Brewer Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*. 3° Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2001.

> "(...) la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales que garantizan una economía social de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social, pero tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza "neutral", lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone".

El texto parcialmente transcrito pone de manifiesto una imprecisión por parte del sentenciador, quizás atribuible a la sutil línea divisoria de los prenombrados principios. Así pues, mientras que el juzgador reconoce que la Constitución Económica de 1999 consagra un sistema económico denominado "*economía social de mercado*", simultáneamente, sostiene la naturaleza "neutral" de dicha Constitución.

La anterior controversia se disipa efectuando una lectura sosegada del citado extracto del fallo, obsérvese bien la cita:

> "...tales normas constitucionales poseen una indiscutible naturaleza "neutral", lo cual implica la posibilidad del legislador de desarrollar esas directrices generales o principios básicos constitucionales atendiendo a las necesidades reales de la Nación y respetando los límites que la propia Constitución impone".

Ahora bien, acorde a lo expuesto *supra*, una Constitución económica neutral no define un modelo económico concreto, por ende, no puede imponer ningún límite en dicho sentido; sin embargo, una constitución económica flexible, supone la adopción de un sistema particular, aun cuando sea en términos amplios, lo que concuerda con la idea: "*los límites que la propia Constitución impone*". En tal sentido, pareciera lógico pensar que, en dicho párrafo el término "neutral" es perfectamente sustituible por el término "flexible", haciendo presumir que en el empleo de ese vocablo el juzgador -si bien de manera inexacta- los consideró términos equivalentes[23].

En fin, a pesar del esfuerzo titánico de cierto sector de la doctrina por deslindar la neutralidad y la flexibilidad, es frecuente apreciar el uso de ambos términos como sinónimos, lo que conduce a pensar que esta discusión resulta siendo una *exquisitez* académica.

---

23. En un sentido semejante se pronuncia HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. *Constitución Económica y Privatización. (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 6 de febrero de 2001).* Revista de Derecho Constitucional N° 12. Julio -Diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas. p. 333.

En similar sentido, cabe citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Corte en Pleno, en fecha 15 de diciembre de 1998, bajo ponencia de la Magistrada Dra. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ:

> "Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada -salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una "base neutral" que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales".

Quizás a modo de cerrar este subtítulo, valga advertir que, tras un repaso de los autores patrios que en reciente data se han pronunciado sobre la Constitución Económica venezolana de 1999, existe pleno consenso en cuanto a su carácter *flexible*: Brewer-Carías, Ricardo Combellas, Rafael Badell, José Ignacio Hernández y Ana Cristina Núñez Machado[24].

IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SU INTERPRETACIÓN

Ahora bien, la Constitución Económica en razón de esa neutralidad o flexibilidad -según sea el caso- conlleva, generalmente, la utilización por parte del constituyente de términos genéricos, ambiguos e imprecisos, quizás ello como una manera de eludir comprometer a futuro la gestión gubernativa en materia económica, al circunscribirla a determinada tendencia ideológica. En consecuencia, generalmente los preceptos constitucionales rehuyen las declaraciones explícitas y concretas, limitándose a exponer los principios y valores dentro de los cuales se enmarcará la actividad económica de la Nación.

En este mismo orden de razonamiento, conviene señalar que, además de la utilización de este lenguaje ambiguo, se suma la dificultad que puede suponer la interpretación de la mencionada normativa, como resultado del uso de términos económicos, los cuales son susceptibles de diferentes e, incluso,

24. Respecto a la posición del profesor RAFAEL BADELL, éste emplea la expresión "neutral", siguiendo la orientación de la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ del 6-02-01, por tanto, consideramos aplicable la explicación formulada *supra*.

contradictorios significados. Por ende, es comprensible la disyuntiva en cuanto al contenido y significado real y concreto de algunos términos, y hasta de ¿cuál es su operatividad en términos jurídicos?[25].

En este orden de ideas, es preciso recordar -se insiste- que la Constitución Económica forma parte integrante de la Constitución, por lo que una correcta interpretación de dicha normativa no puede prescindir del estudio en su conjunto y de forma armonizada del texto íntegro de la Carta Magna, atribuyendo el sentido exacto que se desprende de los principios y valores generales previstos a lo largo de todo el articulado de la Constitución.

Ratificando lo antes expuesto, PAREJO ALFONSO expresa que:

> "(...) 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 todo, un orden sistemático o estructurado"[26].

En igual sentido, DALLA VIA enfatiza que:

> "...constituye un principio esencial de interpretación de la Constitución el de la unidad constitucional, esto es, el postulado de que el conjunto de normas forman una totalidad. Este principio obliga a no contemplar las normas constitucionales como divicta membra, o entes aislados, sino captar en la interpretación de cada una de ellas la unidad del sistema del que han surgido, en el que se integran y del que constituyen una parte. Dicha unidad remite, a su vez, a la necesidad de coherencia, o sea, a la falta de contradicciones o antinomias entre las distintas partes (normas), que integran el todo o sistema constitucional"[27].

V. ETAPAS DEL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA VENEZOLANA

Para aproximarnos al estudio del sistema económico venezolano, tal como hoy se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna (1999), es preciso detener

25. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Ob. cit.*, p. 162. En este mismo sentido, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El sistema económico en el ordenamiento español.* Revista de Derecho Público. N° 37. Enero - Marzo 1989. Editorial jurídica venezolana. p. 40.

26. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Ob. cit.* p. 39.

27. DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *Ob. cit.*, p. 24.

nuestra atención en el proceso de evolución histórica de las complejas relaciones entre Estado y Economía, cuyo régimen jurídico ha transitado a la par de las diversas concepciones del Estado Liberal en Venezuela, distinguiendo la doctrina más reconocida las siguientes etapas[28]: el Estado liberal burgués absoluto, el Estado de Fomento, el Estado regulador, el Estado de Servicios Públicos, el Estado Empresario y el Estado Planificador.

De seguida, revisaremos muy brevemente cada una de estas etapas.

1. El Estado liberal burgués absoluto

Este primer período comprende desde el nacimiento de la República (1811) hasta el año 1864. En dicho período, cabe destacar el proceso de formación y consolidación de Venezuela como República, así como la adopción de los modelos políticos y económicos adoptados en Europa y América del Norte, como consecuencia de la Revolución francesa y norteamericana. De esta manera, la nueva República adopta como sistema económico el liberalismo económico, aún cuando los primeros años de existencia fueron predominados por la desorganización del régimen económico nacional, abstraído por el curso de la guerra de independencia y, posteriormente, por la disolución de la Gran Colombia.

Caracterizan este período histórico dos textos legislativos: a. la ley de libertad de contratos o ley del 10 de abril de 1834, conforme con la cual la voluntad de las partes era soberana en los contratos, y por tanto, se consagraba la libertad absoluta de los contratos de préstamos de dinero, lo que suponía la no existencia de límites a la fijación de los intereses y la exclusión de toda protección a los derechos del deudor, dicho texto normativo se enmarca en la concepción clásica del liberalismo; y, b. la ley de abolición de la esclavitud de 1854, que ha sido considerada más una ley de protección a los propietarios por la pérdida de sus esclavos, visto que dispuso la compra de la libertad de los esclavos mediante el pago del valor de los mismos a los propietarios.

Propio de esta concepción económica (Estado abstencionista) es la organización de la Administración Pública, conformada por las Secretarías del Interior y Justicia, de Hacienda, de Relaciones Exteriores y de Guerra y Marina. Ello así, permite apreciar como la Administración Pública tenía definido un marco competencial limitado, propio de esta etapa histórica.

---

28. En el desarrollo de este epígrafe seguiré los lineamientos expuestos por el Profesor Allan R Brewer Carías, en su obra: *Fundamentos de la Administración Pública*. Tomo I. Colección de Estudios Administrativos Nº 1. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1980. p. 253-268.

En general, este período destaca por la mínima injerencia del Estado en el ámbito de la actividad privada, limitándose a asegurar la pacífica convivencia entre los ciudadanos, mediante la preservación del orden público, mas procurando interferir con la menor intensidad posible en la esfera de libertades de los particulares. Enmarcado en estas directrices, el Estado se circunscribe a definir de manera genérica el orden económico y social de la República, cediendo los espacios para la configuración y concreción de dicho orden a la iniciativa privada.

2. El Estado de Fomento

Con posterioridad a la Guerra Federal (1859-1863), el Estado conservando su concepto de Estado liberal asumirá un nuevo papel: el Estado de Fomento, centrado en la construcción de obras de infraestructura, mediante la figura jurídica de la concesión, así como el otorgamiento de privilegios, incentivos y ventajas a los particulares. De esta manera, se produce un redimensionamiento de la relación Estado y economía, en la medida en que el Estado adopta medidas dirigidas al fomento o promoción de la actividad privada, con el fin de impulsar y estimular la actuación de los particulares dentro de un ámbito específico de la actividad económica.

Como antes se ha mencionado, en el desarrollo de esta nueva etapa continuó imperando la concepción liberal del Estado, lo que suponía la vigencia del dogma relativo a la exclusión de éste de la actividad económica, limitándose a conservar su papel de garante del libre desenvolvimiento de la actividad privada. Sin embargo, en el curso de la segunda mitad del siglo XIX, comienzan a abrirse nuevos campos de acción relativos a actividades económicas dirigidas a la satisfacción de necesidades colectivas, como son los ferrocarriles, el transporte por carretera, etc., lo que conllevó a nuevos ámbitos de acción para el Estado, que si bien no podía intervenir directamente en la realización de los mismos, conforme a la ideología imperante, sí dirigió su acción a la promoción y estímulo de la actividad privada hacia dichos sectores de interés general[29].

Acorde con el mencionado proceso, se produce la transformación de la organización administración del Estado, con la creación del Ministerio de Fomento, en el año de 1864, que asumirá los nuevos ámbitos de actividad administrativa ajenos a la materia propia de los demás ministerios existentes[30].

---

29. Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Segunda Edición. Fundación de Estudios de Regulación. Comares editorial. Granada, 2001. p. 248.

30. Brewer Carías, Allan R. *Ob. cit.*, p. 255.

Esta actividad adquirirá manifestaciones relevantes durante el período del gobierno de Guzmán Blanco, mediante la construcción de las primeras carreteras, ferrocarriles y edificios públicos de importancia. Como consecuencia de la trascendencia de esta actividad de construcción de obras de infraestructura, en el año 1874 se crea el Ministerio de Obras Públicas.

El impulso de dicho período se centró, principalmente, en el otorgamiento de privilegios o concesiones de obras a empresas extranjeras, o el apoyo financiero de las mismas por medio de la creación de bancos creados a tal efecto[31].

Descritos en dichos términos las dos primeras fases de este proceso, BREWER CARÍAS concluye que el régimen económico que predominó durante el siglo XIX hasta inicios del siglo XX estaba fundamentado constitucionalmente en los términos de una libertad económica absoluta y no limitable. Asimismo, agrega que no será sino hasta la Constitución gomecista de 1909, cuando "*se estableció, por primera vez, la posibilidad de limitar la libertad económica pero por razones que exigieran el orden público y las buenas costumbres exclusivamente. Se comenzó a delinear, así, la base constitucional del Estado Regulador*"[32].

3. EL ESTADO REGULADOR

La aparición del Estado regulador puede ubicarse con la promulgación de la Constitución de 1936, conforme con la cual se otorgó los poderes suficientes al Estado para limitar la libertad económica a través de regulaciones legales, lo que supuso la intervención de éste en todo el proceso económico nacional. Además, confluye con este proceso de transformación del papel del Estado en la economía, los eventos históricos de la Segunda Guerra Mundial, lo que ocasionó una necesaria intervención del Estado sobre ésta, regulando por vía de decretos leyes innumerables ámbitos de la actividad económica de la nación.

A partir del año 1939, cada vez se acentuó más la intervención del Estado en los procesos económicos, desde su participación en éstos como propietario de los medios de producción -como un simple particular- hasta la regulación legal de determinadas actividades económicas en manos de los privados, en razón del interés general o nacional.

---

31. BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Ob. cit.*, p. 255.

32. BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Ob. cit.*, pp. 255-256.

Dentro de este nuevo rol que pasó a desempeñar el Estado, se procedió a regular diversos ámbitos del sector privado, tales como: actividad bancaria y crediticia, actividad de seguro, arrendamiento inmobiliario, y actividades comerciales e industriales mediante la protección al consumidor y al usuario.

4. El Estado de Servicios Públicos

La Constitución de 1936 consagró, además, importantes derechos sociales a favor de los ciudadanos, y correlativamente estableció un conjunto de deberes sociales para el Estado, lo que en su conjunto implicó la prestación de servicios por parte de éste a sus ciudadanos. En consecuencia, en esta nueva etapa el Estado asumirá una presencia activa en actividades antes prestadas por los particulares, pero caracterizadas por estar orientadas a la satisfacción de necesidades públicas, como son la salud, la alimentación, la vivienda, el transporte, etc. Así pues, el Estado pasa a intervenir en dicho ámbito legitimado por el interés general que representan tales actividades.

En concreto, puede mencionarse el caso del servicio de salud como actividad de servicio público asumida por el Estado, mediante la creación del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, a partir de 1936, así como por la creación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en 1940; el servicio público de las telecomunicaciones que se organiza con la creación del Ministerio de Comunicaciones en 1936; y en 1937 el servicio público de transporte aéreo prestado a través de la Línea Aeropostal Venezolana[33].

5. El Estado Empresario

Este nuevo rol del Estado consistirá en la participación de éste en los procesos económicos de la nación desde una posición activa, como propietario de medios de producción y desarrollando actividades productivas propias de los privados, ya no limitado a la intervención en actividades consistentes en la prestación de un servicio público.

Ello encuentra su origen en la lenta evolución narrada desde la existencia de un Estado abstencionista hasta la aparición de un Estado Regulador y Prestador de Servicios Públicos, lo cual supuso la progresiva intervención del Estado en ámbitos de actividades hasta ese momento desarrolladas por los particulares.

---

33. Brewer Carías, Allan R. *Fundamentos de..., ob. cit.*, pp. 257-258; Brewer Carías, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales.* Tomo I. 3° Edición. Editorial jurídica venezolana. Universidad Católica del Táchira. Caracas, San Cristóbal, 1996. p. 548.

En ese mismo razonamiento, cabe añadir la creciente importancia que adquieren los ingresos petroleros para nuestra nación, lo que contribuyó a configurar el Estado empresario, si bien en determinados ámbitos de la vida económica actúa con base a la reserva de específicas industrias por razones de conveniencia nacional (por ejemplo, el petróleo, el gas, el hierro), o en otros ámbitos participando en concurrencia con éstos.

6. El Estado Planificador

Esta faceta del Estado surge a partir de 1947, una vez entendida la responsabilidad que asume el Estado de ordenar, programar, el proceso económico y social de la nación, lo que implica la elaboración de los lineamientos y directrices que deberán ser desarrollados por el sector público con la participación del sector privado para el logro del mencionado objetivo.

VI. EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

De seguida, procederé a exponer, sucintamente, los aspectos más relevantes del desarrollo jurídico de la Constitución Económica en Venezuela, consagrada en los diversos textos constitucionales de la Republica.

1. Constitución de 1811

Promulgada por el Congreso el 21 de diciembre de 1811, encuentra como fuentes de inspiración la norteamericana de 1787, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y el propio derecho colonial. En tal sentido, el historiador Guillermo Morón ejemplifica que:

> "1) la separación clásica de los tres poderes y el lenguaje humanitario son de origen francés; 2) la estructura general -pacto defensivo- y las fórmulas son de origen norteamericano; 3) la conservación de la religión católica como religión del Estado (materia única del capítulo 1°) es de raigambre española. Mezcladas pues esas influencias, intentó también el legislador aproximarse a la realidad venezolana, como se observa en la clasificación de los ciudadanos e incluso en el respeto a la estructura de las antiguas provincias"[34].

34. Morón, Guillermo. *Historia de Venezuela*. Quinta Edición. Italgráfica. Caracas, 1970. pp. 271-272.

De manera que, acorde con las fuentes filosóficas que confluyeron en la formación de este texto constitucional, la parte dogmática consagró como derechos del hombre: *la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad* (Art. 152). Definiendo la propiedad como "*el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo*" (Art. 155). Asimismo, la "seguridad" se entendió como " *la garantía, y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos, y de sus propiedades*" (Art. 156). Conjugando ambos derechos del ciudadano, se previó como un deber del cuerpo social la garantía del derecho de propiedad, en el artículo 197, a saber:

> "La Sociedad afianza a los individuos que la componen el gozo de su vida, de su libertad, de sus propiedades, y demás derechos naturales, en esto consiste la garantía social que resulta de la acción reunida de les miembros del Cuerpo, y depositada en la Soberanía nacional".

Por otra parte, la libertad económica y de comercio quedó consagrada en los siguientes términos:

> "Ningún género de trabajo, de cultura, de industria, o de comercio serán prohibidos; a los ciudadanos, excepto a aquellos que ahora forman la subsistencia del Estado, que después oportunamente se libertarán cuando el Congreso lo juzgue útil, y conveniente a la causa pública" (Art. 167).

En este mismo contexto, a los efectos de garantizar la libertad de comercio plenamente, se proscribió cualquier tipo de privilegios a los puertos de una Provincia sobre otra o a compañías de comercio o corporaciones industriales, de conformidad con lo previsto en el artículo 220 Constitucional[35].

De manera conclusiva, puede afirmarse que, el presente texto normativo bajo examen, en materia económica, conservó el *status* económico colonial, adoptando un régimen de economía liberal, de estructura capitalista, en el cual se reconoció el derecho de propiedad y la libertad económica y de comercio, en términos bastantes generales, únicamente limitada ésta última, en lo referente a aquellas materias que representaban -para entonces- la subsistencia del Estado.

35. Art. 220.- "No se dará, preferencia a los puertos de una Provincia sobre los de otra, por reglamento alguno de comercio, o de rentas, ni se concederán privilegios, ó derechos exclusivos a compañías de comercio, o corporaciones industriales, ni se impondrán otras limitaciones a la libertad del comercio, y al ejercicio de la agricultura y de la industria, sino las que previene expresamente la Constitución".

2. Constituciones de la Gran Colombia (1819 y 1821)

La Constitución de 1819, en su artículo 12, consagró:

> "La propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de sus bienes, y del fruto de sus talentos, industria o trabajo".

Asimismo, cabe destacar que, por primera vez, se estableció limitaciones al derecho de propiedad, en razón de "*la necesidad pública o la utilidad general*", pero supeditado a una justa compensación por ello (Art. 15)[36].

Con respecto a la libertad económica, basta reseñar que, el artículo 13, expresó:

> "La Industria de los Ciudadanos puede libremente ejercitarse en cualquier género de trabajo, cultura, o comercio".

De tal manera, el constituyente no incorporó mayor innovación relacionado con el referido derecho.

Por otra parte, incorporó el principio de la justa distribución de las cargas, lo que impuso la obligación de los ciudadanos en contribuir con los gastos públicos.

Por su parte, la Constitución de Cúcuta conservó los mismos lineamientos generales. En tal sentido, el artículo 177 preserva el derecho de propiedad, sujeto a las limitaciones que imponga la necedad pública, y reconociendo el pago de una justa indemnización[37]. Asimismo, la libertad económica quedó prevista en el artículo 178, con semejante redacción al precepto constitucional de 1811, de la siguiente manera:

> "Ningún género de trabajo, de cultura, de industria, ó de comercio será prohibido a los colombianos, excepto aquellos que ahora son necesarios para la subsistencia de la República, que se limitaran por el Congreso cuando lo juzgue oportuno y conveniente".

---

36. Art. 15.- "Nadie puede ser privado de su Propiedad, cualesquiera que sea, sino con su consentimiento, a menos que la necesidad publica o la utilidad general probada legalmente lo exijan. En esos caso la condición de una justa indemnización debe presuponerse".

37. Art. 177.- "Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, ni ésta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del Cuerpo Legislativo. Cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse".

3. Constituciones de 1830-1857-1858

A pesar de la disolución de la Gran Colombia, en dicha fecha, la estructura económica permaneció igual, quizás acentuándose el liberalismo, como en la ley de libertad de contratos de 1834.

En lo relativo a la libertad económica, el artículo 209 de la Constitución de 1830 incorporó como limitaciones de ésta aquellas actividades contrarias a la moral y salubridad pública[38].

4. Constituciones de 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901 y 1904

La Constitución Federal de 1864 garantizó la propiedad con todos sus derechos, si bien "*sujeta a las contribuciones decretadas por la autoridad legislativa, a la decisión judicial, y a ser tomada para obras públicas, previa indemnización y juicio contradictorio*" (Art. 14, numeral 2). Destaca en dicha norma, la mención expresa, como límite al derecho de propiedad, de contribuciones impuestas en razón de *obras públicas*, pues, ello coincidió con el inicio de una nueva etapa de la evolución del régimen económico, como fue la aparición del Estado de Fomento, principalmente caracterizado por el impulso otorgado a la construcción de obras de infraestructura.

En general, los referidos textos constitucionales preservan el contenido de los preceptos constitucionales consagrados hasta entonces, en cuanto a la libertad de industria y el derecho de propiedad sujeto a las limitaciones por causa de interés público.

5. Constituciones gomecistas (1909, 1914 -Estatuto Constitucional Provisorio y la Constitución de ese año- 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931)

En este período histórico se inició el proceso de intervensionismo del Estado en la economía, lo que se materializará en los textos constitucionales de esa época paulatinamente.

---

38. Artículo 209.- "Ningún genero de trabajo, de cultura, de industria, o de comercio, será prohibido a los Venezolanos, excepto aquellos que ahora son necesarios para la subsistencia de la República, que se libertarán por el Congreso cuando lo considere oportuno y conveniente. También *se exceptúan todos los que sean contrarios a la moral y salubridad pública*". (destacado nuestro).

La Constitución de 1909 reguló la libertad económica en los siguientes términos:

> "La Nación garantiza a los venezolanos: (...) 8.° La libertad de industria, salvo las prohibiciones y limitaciones que exijan el orden público y las buenas costumbres, como los juegos de envite y azar, rifas y loterías, que quedan expresamente prohibidos. La ley podrá asignar un privilegio temporal a los autores de descubrimientos y producciones y á los que implanten una industria inexplotada en el país". (Artículo 23, ordinal 8°).

Asimismo, el constituyente de ese año previó la intervención directa del Estado en actividades económicas de interés general, al facultar al Ejecutivo para que reglamentara la prestación de los servicios públicos, como el servicio de correos, telégrafos y teléfonos federales (artículo 80, numeral 14)[39].

Examinando estas novedosas regulaciones aportadas por la Constitución de 1909, sobresale la limitación de la libertad económica por razones de "orden público y las buenas costumbres", así como el reconocimiento expreso de la reglamentación por parte del Estado de ciertas actividades relativas a la prestación de servicios públicos, lo que viene a delinear los primeros rasgos del Estado Regulador que, posteriormente, se concretizará en el texto fundamental.

En el Estatuto Constitucional de 1914 se incorporó como limitación al derecho de propiedad las medidas de orden sanitarias. Posteriormente, la Constitución de ese mismo año reconoció la libertad de industria, salvo las limitaciones y prohibiciones que exijan el orden público y las buenas costumbres; y, añadió, por primera vez, la mención de la prohibición de los monopolios.

La Constitución de 1925 incorporó nuevas limitaciones al derecho de propiedad, al incluir en su enunciado, además de las ya consagradas, las siguientes:

> "las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas, y otras semejantes que establezcan las Leyes en beneficio de la comunidad". (Artículo 32, numeral 2).

Resulta preciso destacar la inclusión de una amplísima limitación o restricción de este derecho en atención al beneficio de la comunidad.

6. Constitución de 1936

Esta Carta Magna responde al período de transición acaecido después del término de la dictadura gomecista, por lo que conserva gran parte de la

39. Badell Madrid, Rafael. *Ob. cit.*, p. 240.

estructura económica heredada del anterior régimen, no obstante, se acentúa el proceso de intervención económica del Estado, imponiendo nuevas limitaciones al derecho de propiedad y a la libertad de industria.

Con relación al derecho de propiedad (artículo 32, numeral 2), cabe reseñar la inclusión del calificativo de "inviolable", aún cuando está sujeta a las contribuciones legales, respecto de las cuales reitera aquellas consagradas en los textos precedentes. Sin embargo, adquiere relevancia la añadidura del siguiente párrafo:

> "La Ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza o por su condición, o por su situación en el territorio".

Obviamente, el constituyente amplía las limitaciones del comentado derecho, y además, abre la posibilidad de establecer zonas de reserva nacional para fines de conservación, o prohibir la compra o la venta o el traspaso de determinadas propiedades [40].

En el marco del examen de dicho precepto normativo, no debe soslayarse que esa misma norma constitucional asienta las bases para una futura reforma agraria, al prever que "*La Nación favorecerá la conservación y difusión de la mediana y de la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante los trámites legales y previa indemnización, expropiar tierras no explotadas de dominio privado, para dividirlas o para enajenarlas en las condiciones que fije la Ley*".

En lo referente a la libertad económica, el artículo 32, numeral 9, atribuyó al Poder Federal la facultad de reservar "*el ejercicio de determinadas industrias para asegurar los servicios públicos y la defensa y crédito de la Nación*", lo que denota un papel aún más activo del Estado en la vida económica nacional, pues, expresamente se consagra la posibilidad de que asuma directamente la gestión de determinados servicios públicos, y no la simple regulación del mismo, como ya estaba previsto desde 1909.

7. Constitución de 1945

Respecto a la materia económica no representó mayor innovación. Ostenta capital importancia la incorporación entre las atribuciones del

---

40. Carrillo Batalla, Tomás Enrique. *El sistema económico constitucional venezolano.* Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979. p. 924.

Presidente de la República de la facultad de dictar medidas extraordinarias, destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran, y conforme a los términos que fije el Congreso (Artículo 104, numeral 29); lo que sin duda es el antecedente primigenio de la controversial figura jurídica de los decretos-leyes[41].

8. Constitución de 1947

Este texto constitucional constituye una aproximación más precisa respecto a las nuevas tareas asumidas por el Estado en el ámbito económico nacional, describiéndose plenamente como un Estado interventor, planificador, de fomento, de servicio público y empresario.

En lo relativo a la regulación del derecho de propiedad es relevante la utilización de la expresión "*función social*" asociada a este derecho, y mediante la cual se enmarca de una manera general y amplísima todas las contribuciones, limitaciones o restricciones legales a las cuales queda sujeto el derecho de propiedad.

Reitera lo dispuesto en las anteriores Constituciones respecto al régimen de expropiación de cualquier clase de bien, así como en lo referente a las expropiaciones destinadas a la realización de la reforma agraria.

Las normas referidas a la libertad económica no presentaron mayores innovaciones.

Por otra parte, es preciso observar que mediante el artículo 239 constitucional se perfila la figura del Estado Empresario, pues, se prevé la creación, por ley especial, de institutos oficiales científicos, benéficos, financieros o industriales, los cuales gozarán de personería jurídica y un patrimonio propio distinto e independiente al Fisco Nacional.

9. Constitución de 1953

El régimen del derecho de propiedad se mantuvo inalterable, mientras que el referido a la libertad económica fue simplificado abruptamente, limitándose el constituyente a efectuar la consagración del mencionado derecho sin especificación alguna respecto a sus limitaciones.

41. Cuando me refiero a la expresión "controversial figura jurídica", para una mejor comprensión del particular me permito remitir al minucioso estudio realizado por el Dr. José Peña Solís, en su obra "Manual de Derecho Administrativo". Tomo I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000.

10. Constitución de 1961

Esta Carta Magna no es más que el resultado de este largo proceso evolutivo comentado en estas páginas, por tanto, la estructura económica acogida en su seno responde a un sistema de economía mixta, a una regulación jurídico-económica flexible, que permitiera lograr un equilibrio entre los distintos modelos económicos existentes, y otorgara un cierto margen de maniobrabilidad al gobierno de turno en la aplicación de las políticas y medidas económicas que considerara conveniente, prescindiendo de ataduras resultantes de un marco constitucional rígido que consagrara una tendencia ideológica predeterminada. Un razonamiento en este sentido viene puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos de la citada Constitución, cuando expresa:

> "deja cierta flexibilidad al legislador ordinario para resolver cuestiones e injertar modificaciones que correspondan a las necesidad y a la experiencia de la República sin tener que apelar a una reforma constitucional" [42].

Conforme al preámbulo de la Constitución de 1961, así como por el artículo 95 constitucional, el régimen económico de la Nación debía estar orientado por los principios de justicia social, promoción del bienestar general, lograr la participación de todos en el disfrute de la riqueza y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre.

Ahora bien, a los fines del presente estudio, considero suficiente estas palabras introductorias sobre la Constitución de 1961, optando por no extenderme más sobre sus aspectos relevantes, ampliamente examinados por la doctrina de la época, y a la cual me permito remitir[43].

11. Constitución Económica de Venezuela 1999

El texto constitucional vigente reafirma los lineamientos aportados por la Constitución Económica de 1961, consagrando un sistema de economía social de mercado o economía mixta, fundamentado en la libertad económica, pero morigerado por el principio de justicia social, causal legitimadora de la intervención del Estado en el ámbito económico.

El artículo 299 de la Constitución consagra los principios que orientan el sistema económico nacional, enunciando los siguientes: justicia social,

---

42. Citado por Badell Madrid, Rafael. *Ob. cit.*, p. 242.

43. Véase: Carrillo Batalla, Tomás Enrique. *El sistema económico constitucional venezolano.* Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979. pp. 901-1118.

democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad.

Dentro del marco de los Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales se consagran los derechos económicos de los ciudadanos, estableciendo los siguientes: la libertad económica (Art. 112), el derecho de propiedad (Art. 115), el derecho de los consumidores y usuarios (Art. 117) y derechos de asociación cooperativa (Art. 118).

Por otra parte, se regula el régimen de intervención del Estado en la Economía, a través de sus diversas modalidades como son:

1. el Estado de Fomento: promoción del desarrollo económico (Art. 299), iniciativa privada (Art. 112), agricultura (Art. 305), industria (Art. 302), desarrollo rural integrado (Art. 306), formas asociativas y particulares de propiedad sobre las tierras (Art. 307), pequeña y mediana industria (Art. 308), artesanía popular (Art. 309) y turismo (Art. 310), así como la adopción de políticas de créditos para la construcción, adquisición, o ampliación de viviendas (Art. 82), estímulos fiscales a la inversión privada en Educación (Art. 103), estímulos a los particulares que promuevan actividades deportivas (Art. 111).

2. el Estado regulador: fijación del régimen de la prohibición de monopolios (Art. 113), la prohibición del abuso de la posición de dominio (Art. 113), la protección a los consumidores y usuarios (Artículos 117 y 114), las concesiones estatales (Art. 113), la política comercial (Art. 301), la protección de las asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa (Arts. 118 y 308), la protección de la pequeña y mediana industria (Art. 308), la protección de la agricultura, del desarrollo rural integral, del campesinado como categoría socioeconómica y de sus formas asociativas (Arts. 305, 306 y 307).

3. el Estado empresario: régimen de la creación de empresas estatales (Art. 300) y la reserva al Estado de la industria petrolera y de otras actividades económicas (Art. 302).

4. el Estado planificador: prevé la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país. (Artículos 112 y 299).

5. el Estado como prestador de servicios públicos: pueden citarse la obligación de crear un sistema público nacional de salud (Art. 84), un sistema de seguridad social (Art. 86), prestar el servicio de educación (Artículos 102 y 103), garantizar servicios públicos de radio, televisión, redes de bibliotecas y de informáticas (Art. 108).

Asimismo, la Constitución establece el régimen fiscal y monetario de la República (Artículos 311 al 321).

De esta manera, damos por visto un breve esbozo general del contenido de la Constitución Económica de 1999[44].

VII. EL RÉGIMEN DE ECONOMÍA MIXTA

El estudio de las Constituciones Económicas contempladas en los dos últimos textos constitucionales de la República nos conduce a vislumbrar un especial régimen jurídico de la economía, denominado el "régimen de economía mixta". La señalada expresión evoca, de inmediato en el lector, una posición de equilibrio, moderación, una mixtura entre los distintos sistemas económicos predominantes (capitalismo y socialismo), resultante de una Constitución Económica flexible que otorga un compás amplio de opciones en la adopción de los modelos y políticas económicas según la ideología y acción gubernativa de turno.

Así pues, el régimen de economía mixta evidencia elementos propios de un sistema capitalista, pero morigerados por una fuerte presencia del contenido social, lo que se materializa en el reconocimiento de los elementos propios de una economía de mercado pero susceptibles de ser afectados por un mayor o menor grado de intervención estatal, a los fines de la planificación y ordenación de los procesos económicos-sociales.

El reconocimiento de un sistema de economía mixta -dice MANUEL GARCÍA PELAYO- implica aceptar que sus actores principales son ciertamente las empresas privadas, sin embargo, establece igualmente de modo muy explícito que el Estado no sólo tiene la función de regulador jurídico, administrativo y económico del sistema, ya que le corresponde también una expresa y directa función social, que es esencial para su estabilidad[45]. En definitiva, es esa función social que debe cumplir el Estado, traducida como un principio y valor que informa el ordenamiento jurídico, y, por ello, como un objetivo fundamental del Estado, que los órganos del Poder Público son habilitados para intervenir en la economía del país, en aras de garantizar al máximo un desarrollo económico social conforme a esos principios básicos establecidos por el Preámbulo y el articulado de la Carta Magna.

---

44. Para un examen más minucioso del particular, remítase a: BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de la Constitución Económica*. Artículo consultado en la página web: www.badellgrau.com; BREWER CARÍAS, ALLAN R. *La Constitución de 1999*. 3° Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2001; Meier, Henrique. *La Constitución económica*. Revista de Derecho Corporativo, Vol. I, N° 1. Universidad Metropolitana. Caracas, 2001. pp. 9 -74.

45. Citado por MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Ob. cit.*, p. 161.

Por tanto, un régimen de economía mixta, o también denominado de "Economía Social de Mercado" o "Economía de Mercado con intervención estatal" prevé que son las leyes del mercado y la competencia las rectoras del proceso económico, sin soslayar una preceptiva intervención estatal, con diversos grados de intensidad, fundamentado en esa función social y en acatamiento de ese cometido fundamental de velar por los principios que rigen el "Estado Social de Derecho".

En este contexto, afirma DE LEÓN que en el régimen de economía mixta, "*se combinan mecanismos de asignación de mercado junto con una extensa y omnipresente presencia estatal en la redistribución de recursos. En este sistema el Estado asume una posición que va más allá de la de un árbitro del proceso económico. En la economía mixta el Estado es igualmente un actor (muchas veces, privilegiado) del proceso de creación de riqueza social*"[46].

Ahora bien, el autor alemán HORST SCHONBOHM[47] nos indica que el sistema de economía de mercado está caracterizado de la siguiente forma:

> " - Se reconoce la propiedad sobre los medios de producción y el propietario está básicamente facultado a disponer de estos medios.
>
> - Las decisiones se toman en forma descentralizada y las relaciones económicas son fundamentalmente de índole bilateral. Esto conduce a una sociedad donde existe la división de trabajo, en la cual los sujetos económicos están obligados a establecer relaciones económicas también con terceros completamente extraños.
>
> - Es la competencia la que regula las relaciones de los sujetos económicos entre sí y es a través de ella que se coordinan las actividades de los mismos".

Conforme con tal exposición, cabe destacar como cimientos del sistema de economía de mercado: el derecho de propiedad y la libertad económica. De tal manera, que la consagración de estos dos derechos fundamentales perfila un régimen de economía de mercado, aún cuando no exista en el texto constitucional un reconocimiento explícito acerca de ello, sin menoscabo de las limitaciones que se establezcan conforme a la propia Constitución o a la ley.

---

46. DE LEÓN, IGNACIO. *El capitalismo popular como alternativa para una Constitución Económica posible*. En: La Constitución de 1999. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Caracas, 2000. p. 155.

47. SCHONBOHM, HORST. *Estado de Derecho y economía en Latinoamérica*. En: Derechos Humanos. Estado de Derecho. Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania. Fundación Konrad Adenauer. CIEDLA. Editorial Panapo. Caracas, 1994. p. 162.

En el Derecho Comparado pueden citarse como ejemplos de economía mixta, países como Alemania, Italia y España. En dichos países la Constitución Económica está caracterizada por su flexibilidad[48].

Así pues, en el primero de los países mencionados, la doctrina reconoce la existencia de una economía social de mercado, donde rigen "*los principios de la economía de mercado, atemperados a través del juego que ofrece la cláusula del Estado social de Derecho (H.C. Nipperdey)*"[49]. Por su parte, PAPIER sostiene que "*el régimen económico real de la República Federal sólo puede ser caracterizado como mixto, al superponerse a unos fundamentos de ordenación descentralizada y privada de la economía ciertos elementos propios de una planificación centralizada y de una intensa actividad económica del Estado*"[50]. Además, agrega que "*la naturaleza mixta del régimen económico real de la República Federal tiene también su fundamento constitucional en la coexistencia de, por un lado, la garantía de la propiedad y de las libertades económicas, y, por otro, la cláusula del Estado social (arts. 20.1 y 28.1 GG), que comprende también la responsabilidad estatal por los equilibrios macroeconómicos (vid. Art. 109.2 GG)*"[51].

En el caso de Italia, la Constitución económica italiana preceptúa un sistema de economía mixta entre la iniciativa privada y una amplia intervención del sector público, lo que tuvo su origen en los acuerdos políticos entre representantes políticos tras la segunda guerra mundial, lo que perseguía contrarrestar el avance del comunismo[52].

Con relación a España, MARTÍN RETORTILLO denota que la Ley Fundamental "*sanciona un sistema de economía mixta de carácter neoliberal, que responde a los esquemas de una economía de mercado de corte neocapitalista, aunque con componentes muy variables de posibles intervenciones públicas*"[53].

---

48. Cabe advertir que, en el caso de Alemania, la doctrina y jurisprudencia, tradicionalmente, la han calificado como una Constitución Económica neutra, sin embargo, tal posición parece avanzar por la realidad impuesta por el fenómeno comunitario a aceptar el principio de flexibilidad.

49. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *ob. cit.*, p. 158.

50. PAPIER, JUAN JORGE. *Ley Fundamental y orden económico*. En: Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2001. p. 567.

51. PAPIER, JUAN JORGE. *Ob. cit.*, p. 570.

52. DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *Ob. cit.*, p. 72.

53. MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Ob. cit.*, p. 161.

De manera conclusiva, se puede caracterizar el "régimen de economía mixta" de la siguiente forma:

1. Es un sistema político-económico intermedio entre los sistemas capitalista (economía de mercado) y socialista (estatismo económico). Puede definirse como neutro ideológicamente, permitiendo un equilibrio entre una posición y otra, sin llegar nunca a rayar en ninguno de los dos extremos.

2. El Estado interviene de manera decisiva en el proceso económico, sea mediante su participación directa como productor de bienes y servicios (Empresario) o mediante la regulación de las actividades de los particulares.

3. Dicho sistema consagra el derecho de propiedad y la libertad económica como vértice de su estructura, no obstante, los referidos derechos se encuentran limitados por regulaciones legales, es decir, no son derechos absolutos, están supeditados a conceptos jurídicos indeterminados como son la función social de la propiedad[54] o el interés social o conveniencia nacional de una determinada actividad económica.

4. Régimen inspirado en los principios de la libertad económica y de la justicia social, lo que impone al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos irrenunciables, como sería la prestación de determinados servicios públicos y la ordenación y regulación de la actividad socio-económica a tales fines.

VIII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE CO-INICIATIVA

La vigencia del principio de subsidiariedad o del principio de co-iniciativa de la intervención del Estado en materia económica suscita una interesante discusión, que permite determinar el ámbito de intervención estatal. Es así, como el debate de este punto gira en torno a la discusión acerca de los fines del Estado y los poderes del mismo, procurándose responder la interrogante relativa a los límites de la esfera competencial del poder público y su injerencia en la esfera de autonomía propia de los particulares.

El principio de subsidiariedad puede ser entendido:

a) En un sentido negativo: como un límite a la intervención estatal, al imponerle una prohibición de actuar en aquellos campos donde, por la naturaleza de las tareas a realizarse, corresponde a los particulares asumirlas.

54. Es preciso recordar que el constituyente de 1999 eliminó la mención expresa a la función social del derecho de propiedad, sin embargo, resulta implícito dicho carácter del enunciado constitucional. Confróntese los artículos 99 (Constitución de 1961) y 115 (Constitución de 1999).

b) En un sentido positivo: como una obligación de intervenir al Estado, en caso de insuficiencia de la iniciativa privada, en la medida que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares[55].

GONZÁLEZ MORAS explica que "*el principio de subsidiariedad es concebido, en primer término, como principio de distribución de competencias -en sentido amplio-, entre el poder público, en cualquiera de sus manifestaciones territoriales, y la sociedad civil*"[56]. En tal sentido, dicho principio viene a representar un principio organizador de las relaciones público-privado.

Conforme a los postulados de este principio deberá prevalecer la acción económica del ciudadano frente a la del poder público, siendo esta última subsidiaria de la primera, como "*ultima ratio*", y sólo en caso de resultar insuficiente o inexistente la iniciativa privada.

No es posible disociar este principio de la proclamación de la "libertad de industria y comercio" como un derecho fundamental del hombre. Pues, resulta evidente que en virtud de los privilegios y prerrogativas de las que están investidas las personas públicas, la injerencia de éstas en sectores industriales o comerciales, reservados en principio a los particulares, menoscabaría la garantía de la libre competencia y demás condiciones imprescindibles para el normal desarrollo de la actividad correspondiente[57].

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés desde inicios del siglo XX formuló dicho principio, insistiendo que sólo era posible la creación de empresas públicas que desarrollaran ciertas actividades industriales o comerciales cuando no existía otro medio para satisfacer las necesidades de la población. Conforme a ello, se anularon actos que creaban una caja departamental de seguros, una carnicería municipal, y el otorgamiento de una subvención a un médico. Posteriormente, aceptó su creación ante circunstancias excepcionales o particulares, que ocasionaran una carencia manifiesta de la industria privada. Finalmente, la decisión del Consejo de Estado francés, del 30 de mayo de 1930, caso: Asociación de Comerciantes

---

55. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La Intervención Administrativa*. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. pp. 22-23.

56. GONZÁLEZ MORAS, JUAN MARTÍN. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Primera Edición. Colección de Derecho Público. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires. 2000. p. 81.

57. NUÑEZ MACHADO, ANA CRISTINA. *Los principios económicos.... Ob. cit.*, p. 136.

detallistas de Nevers, amplió su criterio hasta postular frente a la creación de servicios públicos municipales:

> "por regla general, la creación de empresas que tengan un carácter comercial continúa estando reservada a la iniciativa privada, por lo que los concejos municipales sólo pueden erigir tal tipo de empresas de servicios públicos municipales cuando, en razón de circunstancias especiales de tiempo y lugar, se justifique su intervención en esa materia, en aras del interés público"[58].

Por tanto, el Consejo de Estado francés llegó a aceptar la intervención estatal en actividades industriales o comerciales en situaciones especiales que encontraran su justificativo en el interés público, bajo tal razonamiento se aceptó la creación de una carnicería municipal para luchar contra un alza excesiva de precios. Finalmente, la evolución de este último criterio sustentado en el interés público fue progresivamente ampliando el ámbito de intervención estatal a sectores tan disímiles como: servicios funerarios, fábricas de helados, espectáculos (teatros municipales), recreación (balnearios, camping), servicios odontológicos, asesoría jurídica, restaurantes populares (asistencia social a indigentes)[59].

GASPAR ARIÑO postula que el principio de subsidiariedad implica el fortalecimiento del Estado, en el sentido siguiente, éste se limitará a actuar dentro de sus funciones propias y esenciales, por tanto, se garantiza el cabal cumplimiento de las mismas, además, de un mayor grado de eficacia y eficiencia en su actividad. De esta forma, el Estado se reducirá de tamaño y dimensiones, pero, será más eficaz en la realización de sus finalidades esenciales[60].

Por lo que respecta al principio de co-iniciativa, éste postula que la iniciativa del sector público en el ámbito económico está consagrada en los mismo términos que la iniciativa privada económica, siendo este principio la antítesis del principio de subsidiariedad, pues, la intervención del Estado en la economía podrá verificarse en cualquier sector, indistintamente que el mismo sea plenamente satisfecho por los particulares. Por tanto, la iniciativa del Estado concurre libremente a cualquier actividad industrial o comercial sin ese carácter

---

58. LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición en español. Santa Fe de Bogota, 2000. pp. 180-181.

59. LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B. *Los grandes fallos...., Ob. cit.*, pp. 183-184.

60. ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993. p. 74.

de subsidiariedad, como "*ultima ratio*", siendo llamado ante la insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada.

Explicado los anteriores principios, corresponde precisar cuál de ellos resulta vigente conforme a nuestra Constitución Económica, lo que nos impone examinar su normativa. A tal efecto, el artículo 299 constitucional prevé que "*El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional*", de seguida, el artículo 300 constitucional regula "*la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales*", y, finalmente, el artículo 112 constitucional consagra el principio de la libertad económica, sujeta a las limitaciones constitucionales y legales, y, a su vez, la obligación del Estado de promover la iniciativa privada, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Por consiguiente, del examen adminiculado de las precitadas normas constitucionales no puede inferirse la consagración del principio de subsidiariedad, pues, al contrario, se aprecia como el Estado y los particulares pueden concurrir en el proceso económico sin dicho carácter de subsidiariedad de uno y del otro, es decir, sin que un sector supla al otro en aquel ámbito de actividades económicas en que éste no podría cumplir satisfactoriamente con las exigencias del proceso económico. Conforme con este régimen, como ya sostenía Brewer -respecto a la Constitución de 1961- "*el Estado puede tener una amplísima participación sometida materialmente a muy pocos límites: el ámbito del sector público respecto del sector privado, por tanto, dependerá de la política económica y social concreta del gobierno*"[61].

En esa orientación se ha pronunciado la doctrina patria consultada, tanto por lo que respecta a la Constitución de 1961 como a aquella de 1999. Sin embargo, cabe destacar que BADELL sostiene, con base a fundamentos teleológicos, más allá del estricto positivismo del texto constitucional, que:

> "La subsidiariedad, en definitiva, es una consecuencia obligada de las finalidades que el Estado persigue y presupuesto indispensable para permitir el adecuado ejercicio de las garantías individuales: el Estado no puede acaparar y absorber para si todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de la sociedad. La intervención estatal debe restringirse a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o, a lo sumo, para complementar ésta. En tal sentido, cuando las actividades economías estatales concurran con la de los

61. BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Fundamentos de la..., Ob. cit.*, p. 264.

particulares, el respeto al principio de libre competencia siempre obligará al Estado a competir en igualdad de condiciones respecto de los particulares, pues de lo contrario la subsidiariedad se vería anulada"[62].

Finalmente, concluye considerando al principio de subsidiariedad como el principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico.

IX. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La evolución del régimen jurídico económico en Venezuela evidencia como el Estado abandonó la tesis abstencionista respecto al libre desenvolvimiento de los procesos sociales y económicos, asumiendo progresivamente una mayor acción de orientación y tutela de los mismos. De esta manera, el proceso de desarrollo económico y social de la Nación se inserta en el ámbito de las obligaciones esenciales del Estado, y a medida que éste ejercita sus nuevas atribuciones, en esta especial materia, la esfera jurídica de los particulares resulta afectada.

Como hemos señalado anteriormente, la Constitución Económica consagra un conjunto de derechos (libertades) a favor de los particulares, no obstante, los mismos encuentran como limitación la intervención del Estado en dicho ámbito jurídico, intervención ésta que encuentra su fundamento en la tutela del interés general. Empero, esta posibilidad de intervención o regulación de dichas libertades económicas no se concibe de manera ilimitada, así pues, la doctrina constitucional moderna reconoce la existencia de un ámbito intangible dentro de las libertades fundamentales, denominado "*el contenido esencial de los derechos fundamentales*", y el cual no puede verse afectado, pues, ello equivaldría a la supresión o extinción del derecho fundamental mismo.

A este respecto, cabe indicar que por *contenido esencial de un derecho* ha entendido la jurisprudencia española como:

"... aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también, aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga"[63].

---

62. BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de la Constitución Económica*. Articulo consultado en la página web: www.badellgrau.com. INTERNET.

63. Definición formulada por el Tribunal Constitucional español, Sentencia 11/1981 de 8 abril, citada por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, en "*Derecho administrativo económico*", Editorial La Ley, Tomo I, p. 167.

Conforme con lo expuesto hasta ahora, se pueden desagregar las siguientes nociones elementales: a.- los derechos económicos son derechos constitucionales limitables, no absolutos, que encuentran su reglamentación en normas de rango legal y sub-legal; b.- la intervención estatal sobre los mismos se encuentra justificada en un interés público o general; c.- asimismo, dicha intervención tiene como límite general el contenido esencial del derecho afectado; y, d.- la consagración de las libertades económicas no se encuentra reñida con la posibilidad de intervención del Estado.

Ahora bien, en ese marco argumentativo, cabe señalar que la doctrina ha planteado que en los supuestos de conflictos entre las libertades individuales y las habilitaciones estatales para intervenir en la esfera jurídica de los particulares deberán prevalecer las primeras, otorgándose preferencia a aquellos criterios interpretativos que sean más favorables para el pleno y eficaz desarrollo de dichas libertades. Coherente con tal razonamiento, resulta plausible sostener que en tales casos deberán adoptarse las medidas menos restrictivas o la interpretación de éstas en dicho sentido[64]. Asimismo, la doctrina alemana (PAPIER) ha expresado que el legislador al regular las libertades económicas deberá observar en todo momento los límites que le marca el principio de proporcionalidad, conforme con el cual se "*exige para la intervención legislativa en las libertades económicas la existencia de un motivo constitucionalmente legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido de la elección del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la trascendencia de la intervención y la utilidad obtenida, y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines*"[65].

Dilucidados los anteriores aspectos, corresponde ahora examinar la noción misma de "intervención del Estado en la economía", para lo cual nos permitimos citar a VINCENZO SPAGNUOLO VIGORITA, quien expresa que por ésta debemos entender:

> "la acción consciente que éste realiza para desviar el natural y (de otro modo) libre curso de las fuerzas económicas, desarrollando una sensible fuerza de presión sobre los operadores privados para limitarles y orientarles en sus decisiones" [66].

---

64. En tal sentido, se manifiesta DE LEÓN, IGNACIO. *Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano*. Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135° Aniversario. Caracas, 1998. p. 292, y MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *La Constitución Económica...*, *ob. cit.*, p. 167.

65. PAPIER, JUAN JORGE. *Ob. cit.*, p. 597.

66. SPAGNUOLO VIGORITA, VINCENZO. *"Intervento della pubblica amministrazione nell'economia"*. Novísimo Digesto Italiano, Vol. VI, UTET, Turin, 1968. p. 364.

Ahora bien, en torno a la intervención del Estado en la economía se ha pretendido justificar bajo alguno de los siguientes argumentos[67]:

a. La intervención del Estado por *fallas del mercado*, esta argumentación generalizada parte de la aceptación de que el mercado representa, con preferencia, el distribuidor de los recursos y los bienes de producción (riqueza), por tanto, el libre juego de los agentes y factores económicos que intervienen en el mercado conducen a una distribución de éstos; sin embargo, el Estado en razón de la defensa del interés público deberá intervenir para impedir o corregir las anomalías que puedan suscitarse en dicho proceso distributivo, y que se traduzcan en la deficiente distribución de los recursos. Acorde con ello, el Estado puede intervenir complementando o potenciando al mercado, o incentivándolo mediante la promulgación del marco jurídico regulatorio más adecuado, a los fines de facilitar las transacciones en éste[68].

b. En materia de recursos estratégicos para el desarrollo económico-social (como los hidrocarburos), se ha invocado la necesidad de desvincular o superar la dependencia del sistema económico de las organizaciones extranjeras que dominan el aprovisionamiento de dichos recursos, así posteriormente ello ha servido de fundamento para ampliar la intervención a sectores afines o relacionados con dicha actividad. También, se ha pretendido justificar en la necesidad de potenciar industrias conexas con la defensa o conveniencia nacional.

c. La intervención del Estado subsidiaria del sector privado, es decir, su actividad interventora viene a suplir las deficiencias de los agentes económicos privados en determinados sectores. Por tanto, se ha pretendido justificar la intervención estatal por la dificultad, por parte de las empresas privadas, de procurarse capital suficiente para financiar obras de gran envergadura. Ello referido, principalmente, a los supuestos de ejecución de obras de infraestructuras requeridas para el desarrollo económico-social de la Nación. Así como la necesidad de desarrollar o impulsar sectores productivos o económicos poco rentables para el sector privado, o relacionados con servicios de naturaleza colectiva. En específicos supuestos, la intervención de empresas del sector privado en situación económica crítica, en defensa del interés general, conforme con lo cual el Estado asume la dirección de las mismas a los fines de solventar la crisis que atraviesan, para así, posteriormente, traspasarlas al sector privado.

---

67. Respecto a este particular, han sido útiles los comentarios formulados por el profesor LIBERO LENTI, en su obra: *Inventario dell'economia italiana*. Garzanti Editore. Milano, 1966. pp. 74 - 81.

68. DE LEÓN, IGNACIO. *Análisis positivo del ..., ob. cit.*, pp. 308, 310 y 314.

d. La intervención del Estado, en ocasiones, es utilizada como un medio para alcanzar objetivos de política económica, y en particular monetaria (caso: institutos de crédito y control sobre el sistema bancario). Así, en momentos de contracción económica las empresas del Estado pueden efectuar importantes inversiones para contribuir a atenuar la oscilación del sistema económico. Son importantes ejemplos de esto el desarrollo de sectores industriales a cargo del IRI en Italia e INI en España.

Una vez expuesto lo anterior, nos corresponde examinar las diversas formas como se materializa la intervención del Estado en el ámbito económico, para ello seguiremos el esquema propuesto por SPAGNUOLO VIGORITA, mediante el cual distingue:

1. LA INTERVENCIÓN DE HECHO (NO VINCULANTE JURÍDICAMENTE)

A. El Estado asume directamente el desarrollo de una actividad económica, mediante la creación de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, o la participación patrimonial en empresas privadas.

B. La intervención estatal se manifiesta mediante el uso de incentivos de diversos géneros, dirigidos a impulsar y colaborar con el surgimiento y permanencia en el mercado de determinadas empresas, por consiguiente, el Estado adopta políticas económicas como medio para persuadir en el ámbito económico a los agentes privados. Ejemplos: las subvenciones, los premios, los financiamientos, las exenciones fiscales, etc.

C. Las recomendaciones, instrucciones, consejos, indicaciones o directrices no vinculantes, mediante las cuales el Estado confía incidir en las decisiones de los particulares.

2. LA INTERVENCIÓN IMPERATIVA O FORMAL

A. *Medidas Directas*: son aquellas mediante las cuales se obtiene coactivamente el comportamiento deseado, e inciden directamente -ampliando o restringiendo- sobre la esfera jurídica de los particulares. Dichas medidas asumen -usualmente- la forma de órdenes, prohibiciones, actos permisivos, pudiendo estar dirigidos a personas o grupos de personas determinadas o a la comunidad en general.

Estas medidas pueden diferenciarse:

a. Según sus efectos jurídicos (sin distinción del sector económico que regula):

1. Actos de mero control de la constitución regular de las empresas (registro de la sociedad, inscripción de las instituciones financieras, aseguradoras o cooperativas en la respectiva Superintendencia).

2. Actos generales que determinan las condiciones en que la actividad económica puede desarrollarse (ejemplo: instituciones financieras: fijación de las tasas de interés activas y pasivas, encaje legal).

3. Actos permisivos para el inicio o prosecución o conclusión de una particular actividad de una empresa (ejemplo: apertura de un banco, empresa de seguros, licencias de exportación e importación).

4. Las órdenes o prohibiciones de diversos contenidos (ejemplo: restricción de importación de ciertos productos).

5. Los actos de inspección (ejemplo: inspecciones sanitarias, verificaciones, exhibición de cuentas y documentos).

6. Los actos represivos (disolución de consorcios, clausura de comercios, sanciones pecuniarias).

B. *Medidas Indirectas*: son aquellas que procuran obtener una conducta de los particulares mediante la imposición o manipulación –únicamente- de las condiciones generales y el ambiente económico al cual están supeditadas sus decisiones. Éstas se fundamentan en los nexos de interdependencia entre los diversos factores económicos y mediante la injerencia sobre los mismos procuran suscitar determinadas reacciones de los particulares. Ejemplo: la utilización de las políticas monetarias y tributarias a los fines de condicionar la conducta de los agentes económicos.

Con relación a esta diversidad de medios del que dispone el Estado para intervenir en el ámbito económico, cabe señalar que los mismos serán empleados de manera armonizada con las directrices de política económica que asuma éste en una determinada coyuntura política, por lo que podrá darse el caso de una mayor o menor preeminencia de una o otra forma de intervención estatal.

X. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de las relaciones entre derecho y economía cada día adquiere mayor importancia, resultando común apreciar como los estudiosos en ambas materias se preocupan reiteradamente por examinar los nexos y puntos de coincidencias que unen a éstas, más que considerarlas como compartimientos aislados del conocimiento humano.

De esta manera, la influencia del derecho sobre la economía, y viceversa, ha conferido mayor relevancia al estudio del derecho administrativo económico,

que resulta siendo la concreción de los lineamientos generales contenidos en la Constitución Económica. Así pues, STOBER define el Derecho administrativo económico como:

> "la suma de normas y medidas que regulan las distintas instituciones y la actividad de los órganos administrativos y autoridades administrativas en sus formas de actividad de seguridad, planeamiento, vigilancia, dirección y fomento de la economía y las relaciones entre los sujetos que actúan en la vida económica y la Administración Pública"[69].

En fin, el presente trabajo se enmarca dentro de ese inusitado interés adquirido en nuestro medio forense, paulatinamente, por el estudio del Derecho Administrativo Económico. En tal sentido, la primera aproximación a esta materia se centra en el estudio de la noción de Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas y principios de rango constitucional que configuran el régimen económico de la República, mediante la consagración de los derechos económicos de los ciudadanos y las modalidades de intervención del Estado en el ámbito económico.

Tal como quedó expuesto en el desarrollo del tema, las Constituciones Económicas de los países democráticos se caracterizan por no imponer al Estado una ideología o modelo económico determinado, pues, ello es reservado a los órganos que conforman el Poder Público, acorde con la distribución de las competencias establecidas por el texto constitucional. Esta característica ha sido denominada como "la neutralidad política de la Constitución Económica".

Finalmente, se ha enunciado una apretada síntesis de la evolución de las Constituciones Económicas previstas en nuestros textos fundamentales, deteniéndonos en el examen de la Constitución de 1999, que preceptúa un régimen de economía mixta, que combina elementos propios de la economía de mercado con la preponderante inquietud de corregir las desigualdades que éste (el mercado) pueda producir, a los fines de garantizar un desarrollo económico orientado por la noción de justicia social. Por ende, si bien se otorga gran importancia a la esfera de las libertades económicas en general, no queda soslayada por el constituyente la necesaria intervención del Estado en aras de garantizar un conjunto de objetivos sociales e intereses generales que condicionan y limitan los derechos económicos de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, se desprende de la Constitución Económica de 1999 la noción de una economía basada en la iniciativa privada, en el respeto a

---

69. STOBER, ROLF. *Derecho Administrativo.... Ob. Cit.*, p. 44.

las leyes del mercado y la competencia, pero sin descuidar su norte: la satisfacción de las necesidades colectivas, el desarrollo económico equilibrado e integral, que pondere los criterios de productividad y solidaridad, eficiencia económica y justicia social; y, a su vez, sin negar el papel que juega el Estado como agente productivo (tenedor de bienes de producción y empresario en sectores reservados o no de la economía), regulador (a través de las amplias competencias para dictaminar el régimen de diversos sectores de la vida económica del país), promotor (mediante los diversos mecanismos de promoción y estímulo de la economía), planificador (programador del desarrollo social y económico de la Nación) y prestador de servicios públicos (asumiendo las obligaciones sociales insoslayables impuestas por el constituyente).

XI. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de Derecho Público Económico.* Segunda Edición. Fundación de Estudios de Regulación. Comares editorial. Granada, 2001.

BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de las normas constitucionales en materia económica.* En: El nuevo derecho constitucional venezolano. Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al doctor Humberto J. La Roche. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. pp.235 - 282.

BADELL MADRID, RAFAEL. *Consideraciones acerca de la Constitución Económica.* Artículo consultado en la página web: www.badellgrau.com. INTERNET.

BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Fundamentos de la Administración Pública.* Tomo I. Colección de Estudios Administrativos N° 1. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1980.

BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Instituciones Políticas y Constitucionales.* Tomo I. 3° Edición. Editorial jurídica venezolana. Universidad Católica del Táchira. Caracas, San Cristóbal, 1996.

BREWER CARÍAS, ALLAN R. *La Constitución de 1999.* 3° Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2001

BREWER CARÍAS, ALLAN R. *Reflexiones sobre la Constitución Económica.* Revista de Derecho Público N° 43. Julio - Septiembre 1990. Editorial jurídica venezolana. Caracas. pp. 5- 16.

CARRILLO BATALLA, TOMÁS ENRIQUE. *El sistema económico constitucional venezolano*. Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979. pp. 901-1118.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La Intervención Administrativa*. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.

COMBELLAS, RICARDO. *Derecho Constitucional*. Mc Graw Hill. Caracas, 2001.

DALLA VIA, ALBERTO RICARDO. *DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO*. ABELEDO-PERROT. BUENOS AIRES, 1999.

DE LEÓN, IGNACIO. *Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano*. Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135° Aniversario. Caracas, 1998. pp. 285 - 352.

DE LEÓN, IGNACIO. *El capitalismo popular como alternativa para una Constitución Económica posible*. En: La Constitución de 1999. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Caracas, 2000. pp. 150 - 209.

HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. *Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela*. Revista de Derecho Administrativo N° 10. Septiembre - Diciembre 2000. Editorial Sherwood. Caracas. pp. 61-135.

HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. *Constitución Económica y Privatización. (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 6 de febrero de 2001)*. Revista de Derecho Constitucional N° 12. Julio - Diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas. pp. 327-342.

GIL FORTOUL, JOSÉ. *Historia Constitucional de Venezuela*. Quinta Edición. Librería Piñango. Caracas, 1967.

GONZÁLEZ MORAS, JUAN MARTÍN. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Primera Edición. Colección de Derecho Público. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires. 2000.

LENTI, LIBERO. *Inventario dell'economia italiana*. Garzanti Editore. Milano, 1966.

MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *La Constitución Económica en el texto de la Constitución Española de 1978*. En: Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo.

Caracas, Agosto 2000. pp. 149-174.

MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Derecho Administrativo Económico.* Tomo I. Editorial La Ley. Madrid, 1991.

MEIER, HENRIQUE. *La Constitución económica.* Revista de Derecho Corporativo, Vol. I, N° 1. Universidad Metropolitana. Caracas, 2001. pp. 9-74.

MORÓN, GUILLERMO. *Historia de Venezuela.* Quinta Edición. Italgráfica. Caracas, 1970.

NUÑEZ MACHADO, ANA CRISTINA. *Los principios económicos de la Constitución de 1999.* Revista de Derecho Constitucional N° 6. Enero -Diciembre 2002. Editorial Sherwood. Caracas. pp. 129-140.

PAPIER, JUAN JORGE. *Ley Fundamental y orden económico.* En: Manual de Derecho Constitucional. Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2001. pp. 561 - 612.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El sistema económico en el ordenamiento español.* Revista de Derecho Público. N° 37. Enero - Marzo, 1989. Editorial jurídica venezolana. pp. 39 - 54.

SCHONBOHM, HORST. *Estado de Derecho y economía en Latinoamérica.* En: Derechos Humanos. Estado de Derecho. Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania. Fundación Konrad Adenauer. CIEDLA. Editorial Panapo. Caracas, 1994. pp. 157 - 169.

SPAGNUOLO VIGORITA, VINCENZO. *"Intervento della pubblica amministrazione nell'economia".* Novísimo Digesto Italiano, Vol. VI, UTET, Turin, 1968. pp. 363-367.

STOBER, ROLF. *Derecho Administrativo Económico.* Ministerio para las Administraciones Públicas. Colección Estudios. Serie Administración General. Madrid, 1992.

V.V.A.A. *Comentarios a la Constitución.* Fernando Garrido Falla, coordinador. Tercera edición ampliada. Civitas. Madrid, 2001.

PRIMACÍA DE LA PERSONA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

POR MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA PERSONA. II. LA CONSTITUCIÓN Y LA PRIMACÍA DE LA PERSONA. 1.El Derecho de la Persona. 2.Importancia de la Constitución. 3. Carácter enunciativo de los derechos de la persona. 4. El derecho natural y una proyección de clasificación. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas se pasearán por la importancia de la persona en la esfera constitucional, de allí que hemos titulado la presente reflexión: "*Primacía de la persona en el orden constitucional*". El tema surge con ocasión de la especial invitación a participar en el libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara, destacado profesor en el área del Derecho Público, particularmente en el ámbito del Derecho Constitucional. Pues bien, a fin de asociar tal materia con el área a las que nos hemos dedicado, a saber, Derecho Civil I Personas, decidimos conectar el tema de la "persona" con el ámbito constitucional.

El presente estudio lo dividimos en dos partes: en la primera, recordamos la noción y la importancia de la persona; en un segundo aspecto nos pronunciamos respecto de la Constitución y la primacía de la persona, el cual a

*. Universidad Central de Venezuela: Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Investigador Docente. *Instituto de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.* Profesora *Agregado.* Jefe de la Cátedra de "Derecho Civil I Personas". Cursante del Doctorado en Derecho. Autora entre otras publicaciones de la obra "*Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*" (TSJ, 2001).

su vez sudvidivimos en algunas consideraciones sobre el derecho de la persona, la importancia de la Constitución, el carácter enunciativo de los derechos de la persona y finalmente una breve referencia al derecho natural y una proyección de clasificación de los derechos de la persona.

I. LA PERSONA

La persona es la esencia y la protagonista del ordenamiento jurídico; cualquier consideración sobre su importancia siempre resultará insuficiente porque como es obvio el Derecho existe por y para la persona. Todas las materias, figuras e instituciones en el orden legal encuentran sentido en razón de su destinatario único y final: la persona o sujeto de derecho.

La antigua y discutida distinción entre derecho público y derecho privado presenta un punto común: la persona. Esto porque la preeminencia que se le atribuye al Estado dentro de la esfera pública por oposición a la situación de igualdad que caracteriza al Derecho privado supone necesariamente la consideración de la noción de persona bien sea natural o jurídica, o bien se trate de la persona jurídica por excelencia, a saber, el Estado. Es decir, en cualquier ámbito del Derecho es imperativo conocer y precisar el concepto de persona.

Tradicionalmente se ha entendido la persona como el ente susceptible de ser titular de deberes y derechos; como el ente capaz de figurar como sujeto pasivo o activo en una relación jurídica; como el sujeto de la relación jurídica o de derecho. De allí que también se le denomine "sujeto de derecho". Tal noción supone necesariamente pasearse por la idea de "relación jurídica", la cual es una relación regulada por el derecho, constituida por sujeto, objeto y causa o nexo jurídico y de la cual precisamente la persona constituye el sujeto, bien sea activo o pasivo. Se puede distinguir igualmente la "situación jurídica" en la que no se precisa claramente una posición activa o pasiva de los sujetos sino que coexisten en cabeza de ambos deberes y derechos.[1] De allí que desde un punto de vista general concluimos que la

1. Véase sobre la noción de persona y su vinculación con la relación jurídica: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La persona: ideas sobre su noción jurídica.* En: Revista de Derecho N° 4. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 317-330. Véase igualmente sobre la noción de persona: Corral Talciani, Hernán: *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol 17, N° 2, mayo-agosto 1.990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 301-321; Cruz Ibañez Santa María, Gonzalo: *Persona, Personalismo y Derecho Humanos.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, N° 2, mayo-agosto 1.985, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 313-323; González de Cancino, Emilssen: *De los Conceptos de Persona y Hombre en la Tradición Romanística.* En: La Persona en el Sistema

persona es el sujeto de la relación o la situación de derecho.[2] Es el único ente capaz de figurar en el mundo jurídico como único protagonista y actor.[3]

La persona o sujeto de derecho representa sin lugar a dudas, la noción más importante de la esfera jurídica. La doctrina no duda en reconocerlo[4], para concluir acertadamente que cualquier interpretación en derecho debe tener por norte y como fin último y fundamental su protección.

La noción técnico jurídica de persona permite incluir dentro de la misma un conjunto de entes distintos al ser humano, dando lugar a la existencia en el orden legal de "la persona jurídica en estricto sentido". Así, aun cuando el ser humano, hombre o mujer, constituye la persona por excelencia, se presenta también para el jurista un fenómeno complejo y fascinante, como es la "personalidad jurídica en estricto sentido". La persona jurídica en sentido estricto o persona incorporal a su vez también puede ser de derecho privado o de derecho público. Las diferencias entre éstas últimas dependen de su naturaleza y de la ley[5], pero en todo caso la múltiple clasificación de la persona en natural y jurídica y la subclasificación de ésta[6] permiten percibir que la diversidad del orden jurídico público y privado gira sin lugar a dudas en torno a la noción de "persona".

No obstante la belleza implícita desde el punto de vista conceptual en la problemática de la personalidad jurídica en sentido estricto, se ha admitido acertadamente que la persona por excelencia, seguirá siendo la "persona natural". El ser humano fue en un comienzo la única persona para el derecho y aunque posteriormente comparte tal calificación con otros entes carentes de corporeidad, no se puede negar que la existencia jurídica de tales entes incorporales encontró sentido precisamente en atención a la conveniencia

---

Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1.995, pp. 39-53; Montoya Marín, Juan Eliseo: *Concepto de hombre, persona y derechos humanos.* En: http: //www.monografias.com/trabajos7/perde/perde.shtml ; Parra Aranguren, Fernando y Alberto Serrano: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 49-70.

2. Domínguez Guillén, ob. cit, p. 326.
3. Ibid., p. 345.
4. Véase: Lete del Río, José: *Derecho de la Persona.* Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1.996, pp. 19 y 20, señala que la persona es el eje del sistema de derecho al cual éste debe servir, es su centro y su meta; Hattenhauer, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil.* Barcelona, edit. Ariel S.A., 1.987, p. 19, la persona es el "concepto superior de todo el derecho"; Carrasco Perera, Angel: *Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos S.A., 1.996, p. 58, la persona es el centro de gravedad de todo sistema democrático.
5. Véase: Domínguez Guillén, ob. cit., pp. 339-343.
6. En personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

derivada de las necesidades del ser humano. Se aprecia que la personalidad moral surge porque el derecho considera conveniente darle subjetividad jurídica a un ente distinto al ser humano: pero no debe perderse de vista que la justificación de la personalidad jurídica de la persona natural y de la persona incorporal es sustancialmente diversa; en el primer caso es la justicia y en segundo es la conveniencia. En efecto, no puede desconocer el derecho la necesaria subjetividad del ser humano a diferencia de la personalidad moral, que bien podría no consagrarla. Esto da lugar en la doctrina a la discusión respecto de la determinación de las personas, a saber, preguntarse respecto al carácter declarativo o constitutivo de la ley respecto de las mismas; dándole el primero a la persona natural y el segundo a la persona jurídica.[7] Se concluye que el ordenamiento jurídico simplemente reconoce a la persona natural y contrariamente, crea a la persona incorporal; una es un *prius* para el derecho en tanto la otra es una creación de éste.

Es innegable que el ser humano es la persona por excelencia, porque su correlativo "la persona incorporal" aparece en la evolución jurídica por una necesidad de aquél. De allí que a pesar de la complejidad que reviste el fenómeno de la personalidad moral, se admita que ésta no puede ir en desmedro de la propia persona natural. La teoría del abuso de la personalidad jurídica o levantamiento del velo corporativo[8] que ha sido asomada por la doctrina y algunas decisiones judiciales es una muestra de la supremacía de la persona natural y de la instrumentalidad de la personalidad moral en el orden legal. Este último no puede ser vulnerado por un ente que ha sido creado para una finalidad diversa a defraudar la ley o los terceros.

Reconociendo que el derecho existe como una necesidad humana, es decir, fue el ser humano quien creó el orden jurídico[9] a fin de hacer posible y llevadera la vida en sociedad, no es difícil concluir que el derecho está al servicio de la persona. La persona natural o ser humano es sin lugar a dudas la reina y protagonista del Derecho porque si bien es posible un orden jurídico sin personas incorporales no es factible un orden legal sin personas naturales.[10] El derecho

---

7. Véase: Domínguez Guillén, ob. cit., pp. 330-339,
8. sobre la misma véase. ibid., p. 337, nota 64.
9. Reconoce así la doctrina que el hombre es un *prius* respecto del Derecho. Es un antecedente, algo que esencialmente está primero.
10. Se alude así a la coincidencia necesaria entre el concepto jurídico de persona natural y el concepto ontológico y se insiste que no se debe perder el mismo. Véase: Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: *Persona Humana, ingeniería Genética y procreación Artificial. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, p. 19, la autora cita a Javier Hervada para referir que hoy se olvida la dimensión ontológica de la persona, es decir, lo que es el soporte mismo de su originalidad psicológica, de su valor moral, y de su destino espiritual, dimensión que incluye la subjetividad jurídica.

sin persona natural sería un contrasentido o una suerte de ficción sin destinatarios: sin el hombre el derecho no encuentra sentido ni razón de ser.

Siendo el ser humano la persona por antonomacia, a los fines de precisar los comentarios que siguen a continuación, reduciremos a la misma, la referencia general que haremos en torno al texto constitucional.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LA PRIMACÍA DE LA PERSONA

1. EL DERECHO DE LA PERSONA

La persona siendo centro del orden jurídico precisa de una consideración múltiple por parte de éste. Su protección jurídica no es exclusiva de determinada área o rama del derecho, sino que contrariamente, todas los ámbitos del orden legal confluyen simultáneamente en el cuidado del sujeto de derecho. Si bien tradicionalmente, la persona ha sido estudiada básicamente dentro del Derecho Civil[11], al punto que una de sus ramas se denomina "*Personas*"[12], no es posible pretender que el estudio de ésta se limite al ámbito del Derecho Privado. La protección jurídica de la persona combina, como es lógico, el derecho privado y el derecho público. Surge así lo que han llamado algunos el "*Derecho de la Persona*"[13] como una rama particular y fundamental del derecho que tiene como objeto principal el estudio de la persona en sus distintos atributos, derechos y elementos.

---

11. Véase: Hoyos Castañeda, Ilva M.: *La persona y sus derechos*. Colombia, edit. Themis S.A., 2.000, p. 14, con base a la distinción que data del derecho romano entre personas y cosas, la persona ha sido colocada en primer lugar del sistema de derecho privado, como centro del derecho y como lo verdaderamente privativo del derecho civil. De allí que el concepto jurídico de persona haya sido estudiado primordialmente por el Derecho Civil el cual se concibe como el Derecho de la Persona.

12. Correspondiente a la asignatura "Derecho Civil I".

13. Véase: Serrano Alonso, Eduardo: *Derecho de la Persona*. Madrid, La Ley Actualidad, 2ª edic., 1.996, p. 5, El Derecho de la Persona estudia la situación jurídica de la persona humana en sus caracteres básicos y esenciales. El ser humano es el centro o razón del derecho y el Derecho Civil tiene por objeto la regulación de las relaciones privadas del individuo como tal. Sobre la sustantividad y autonomía del derecho de la persona, véase también: Ramos Chaparro, Enrique: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1.995, pp. 157-164. Aclara el autor que El Derecho de la Persona abarca tanto su perspectiva desde el Derecho Público como desde el Derecho Privado (ibid., p. 167). Véase en este mismo sentido: Hoyos Castañeda, ob. cit., p. 16, el derecho de la persona no es exclusivo del derecho privado ni del derecho público, sino que la singularidad original del derecho está referida a la realidad que le sirve de base: la persona.

El Derecho de la Persona presenta entonces una múltiple protección conjugada por normas jurídicas de derecho público y de derecho privado.[14] Es fácil advertirlo si se piensa que la protección de la persona se manifiesta en diversos textos normativos tales como el Código Civil, el Código Penal, los Instrumentos Internacionales, la Constitución, etc.

Especialmente la Constitución ha tomado en consideración particular a la persona por ser el centro del orden jurídico. El derecho civil, cimiente fundamental de la noción de persona, ha tenido que dar paso a la protección constitucional que forzosamente ha de arropar al actor del Derecho.[15] La Constitución prevé la protección del ser humano y ello orienta la interpretación de cualquier otro instrumento normativo.

El Derecho de la Persona visto desde esta óptica diversa, se presentaría excesivamente amplio para el estudioso del Derecho. De allí que el Derecho de la persona se diversifique en distintas materias y de lugar a que los diferentes especialistas muestren la protección de la persona en el área que les ha tocado estudiar. Existe así un Derecho de la Persona que desarrollará el Especialista en Derechos Humanos[16], en Derecho Constitucional, en Derecho Civil, etc. Por ejemplo, respecto de este último, dentro del área de Derecho Civil I, se señala que la protección de los derechos de la persona desde el punto de vista del derecho civil, se traduce en el estudio de los "Derechos de la personalidad".[17] Estos últimos se diferencian a su vez del estudio de los "Derechos Humanos" que se presentan como la protección de los derechos de la persona frente al Estado.[18]

---

14. Véase: Mirabelli, Cesare: *Observaciones sobre los derechos fundamentales de la persona.* En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1.995, Traducción José E. Fuquen Corredor, p. 63. Indica el autor que la perspectiva que conjuga el derecho público y el derecho privado, refrenda la indefectible y sólida convivencia en el ámbito de los derechos de la persona.

15. Véase: Hoyos Castañeda, ob. cit., p. 15: "Así, pues, la noción de persona, lejos de concebirse como una noción privativa del derecho civil, ha pasado a ser considerada, como se advierte en los modernos textos de derechos humanos, así como en el constitucionalismo contemporáneo, la base y centro del ordenamiento jurídico."

16. Véase sobre este aspecto: Faundez Ledesma, Héctor: *La evolución del Derecho Internacional y la condición jurídica del individuo.* En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135° Aniversario. Caracas, 1998, pp. 403-479.

17. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p.59.

18. Véase: ibid., p. 73. Véase también: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 18 y 19; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil.* Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 468 y 469.

Si bien a título personal nos hemos dedicado al estudio de la persona desde la perspectiva del Derecho Civil, deseamos mostrar que la persona se proyecta a un nivel mucho más amplio en el orden jurídico. Dentro de este, la Constitución, como es obvio, ocupa un sitial especial en la protección del sujeto de Derecho.

2. Importancia de la Constitución

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de instrumentos que ocupan un sitial distinto según su ubicación en la pirámide normativa; en tal estructura no se duda que la Constitución se ubica en la cúspide del orden legal, marcando las directrices que permiten determinar la legitimidad de todas las disposiciones integrantes del sistema según su adecuación a los principios constitucionales.

La Constitución representa el instrumento fundamental del ordenamiento jurídico, permitiendo orientar cualquier interpretación de normas inferiores a la luz de los principios que orientan su concepción.[19] Constituye según señala el artículo 7 del texto constitucional "*la norma suprema y el fundamento del orden jurídico*". Denominada también "Carta Magna" porque constituye el escrito normativo más importante de un sistema de derecho. La correcta interpretación de la Constitución y del texto constitucional[20] constituye la máxima garantía de la protección de los derechos de la persona.

Ahora bien, la protección de la persona natural en el orden constitucional es básica y necesaria a los fines de hacer efectiva el sitial que tiene el ser

---

19. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La protección constitucional de los incapaces.* En: Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 618, señalamos que "La Constitución es el instrumento fundamental y rector de todo sistema jurídico, su ubicación en la cúspide del orden legal permite orientar cualquier interpretación a la luz de los justos principios constitucionales. El control difuso de la constitucionalidad por el cual el juzgador puede apartarse de una norma si es contraria a la Constitución es muestra lógica y evidente de la supremacía de la Carta Magna."

20. Véase: Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico.* Madrid, edit. Tecnos, 1.997. Véase igualmente: Planchart Manrique, Gustavo: *Reflexiones sobre el control de la Constitución y la interpretación constitucional.* Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1.990; Peña Solis, José: *La interpretación conforme a la Constitución.* En: Curso de Capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica. Serie Eventos N° 3. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 357-393. Véase también: García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid, edit. Civitas S.A., 1994; Casal, Jesús María: *Constitución y Justicia Constitucional (Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna).* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

humano para el Derecho. Esa protección del ser humano en el ámbito constitucional debe ser a nuestro juicio, superior a cualquier otra institución jurídica, de allí que hablemos de la "primacía de la persona" en la Constitución. Cualquier otra institución o figura según indicamos [21] inclusive consagrada a nivel constitucional pierde importancia si se le compara con la persona o sujeto de derecho. El propio Estado calificado también como la persona jurídica en sentido estricto de existencia necesaria, encuentra su justificación en la propia persona natural a cuyo servicio se debe. De tal suerte, que la preeminencia del individuo ha de verse como una consecuencia necesaria de una sana interpretación jurídica.

Un texto constitucional que no precise en términos generales una protección amplia, profunda y efectiva a favor del ser humano cuenta con un vacío contrario a la propia esencia del orden jurídico. Esto pues como apuntamos[22], la persona natural es la protagonista del sistema de derecho y la existencia de las demás instituciones encuentran sentido única y exclusivamente en función de aquella.

3. Carácter enunciativo de los derechos de la persona

Nos preguntamos entonces cómo ha de ser la protección de la persona humana en el ámbito constitucional ¿es conveniente precisar la gama de derechos que ampara a la persona o bastará una simple referencia al carácter enunciativo de los derechos de la persona?

Primeramente, cabría hacer una distinción que se ha hecho entre la Constitución y el texto constitucional,[23] a los fines de precisar que no son conceptos idénticos, porque éste último es simplemente la forma escrita de expresión de la Constitución la cual ciertamente está integrada por valores y principios que no pueden verse afectados por la suerte impresa del texto que pretende darle vida. Ha indicado así la doctrina que la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de la Constitución y no puede ceñirse al texto de ésta última. [24] Es decir, los principios constitucionales no están limitados por la simple expresión escrita de la Carta Fundamental. Y no

21. Véase *supra* N° I.

22. Véase *supra* N° I.

23. Tal distinción ha sido precisada por el Dr. Enrique Tejera París en el curso del Doctorado en Ciencias "Mención Derecho" en las distintas materias dictadas y asociadas a la Constitución, en el primer y segundo semestre de 2002.

24. Balaguer Callejón, ob. cit., , p. 24.

pudiera ser de otra manera porque la Constitución como ley material que es, no está excenta de los naturales errores del constituyente o legislador. Como hemos dicho en otras oportunidades en tales casos, el jurista conocedor del orden jurídico y de sus principios habrá de susbsanar los errores de la expresión escrita a través de la interpretación correctiva.[25]

Si seguimos esta idea, y llegamos a la conclusión que en efecto, la Constitución y los principios constitucionales están por encima de la forma de expresión del texto constitucional, muchas serían las discusiones que podríamos ahorrarnos al menos en lo que respecta a la protección de la persona humana. En efecto, existen principios jurídicos que están por encima del texto de la ley, y tienen el carácter de norma imperativa aun cuando no estén escritos. Los mismos deben ser respetados en virtud de su carácter de "principios" porque como la palabra lo denota representan "el comienzo", las directrices e ideas orientadoras de un sistema.[26] Una norma puede ser eliminada como consecuencia de la aplicación de un principio.[27] Esto nos permite concluir que existen principios o derechos constitucionales protectores de la persona humana cuya suerte no depende del texto constitucional.

Así por ejemplo, la dignidad de la persona humana ha sido reconocida por la doctrina como un principio constitucional.[28] El principio de igualdad o no discriminación igualmente ha sido entendido también como un valor

---

25. Sobre la importancia de no limitarse al texto de la ley y la interpretación correctiva, véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 587-593

26. Véase sobre la noción e importancia de los principios, nuestros comentarios en: *Ensayos...*, p. 626, nota 160. Señalamos que una norma no puede estar por encima de un principio general de derecho. Se cita la opinión de Levis Ignacio Zerpa según la cual existe la errónea creencia tal vez derivada de la percepción equivocada del art. 4 del Código Civil, que los principios generales del Derecho constituyen la parte final de la interpretación, una vez agotada la ley y la analogía. Contrariamente debe tenerse claro que los principios preceden al sistema y ellos deben orientar cualquier norma. Sobre los principios jurídicos y la Constitución, véase: Arce Florez-Valdez, Joaquín: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional.* Madrid, edit. Tecnos, 1990. Refiere el autor que los principios generales del derecho tienen un carácter informador y una fuerza directiva, presentan una triple función: como fundamento del orden jurídico, como criterio de interpretación y como fuente integradora (ibid., pp. 56 y 57). Véase igualmente: Balaguer Callejón, ob. cit., pp. 125-136. Véase también: Rubio LLorente, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial).* Barcelona, edit. Ariel, 1.995.

27. Segura Ortega, Manuel: *La racionalidad jurídica.* Madrid, edit. Tecnos, 1998, p. 102.

28. Véase: González Pérez, Jesús: *La dignidad de la persona.* Madrid, edit. Civitas S.A., 1.986; Fernández de Buján, Federico: *La vida. Principio rector de derecho.* Madrid, Dykinson, 1.999. p. 113; Hoyos Castañeda, ob. cit., p. 62; Hooft, Pedro Federico: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1.999, p. 172; Ortiz-Ortiz, Rafael: *Investigación especulativa sobre el fundamento jurídico de la dignidad humana.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 97. Caracas,

fundamental.[29] Poco importaría en esencia una norma dentro del texto de la Constitución que pretendiera afectar a título de retroceso derechos de la persona humana. Por ejemplo, una norma que pretenda desconocer el derecho a la vida, la libertad u otro derecho esencial de la persona humana. Los ejemplos podrían tocar el límite del absurdo si se piensa en la consagración de la pena de muerte o de la esclavitud. ¿Qué acontecería entonces con una norma de tal naturaleza que fuese incluida en nuestro texto constitucional? Se tendría como no escrita porque a pesar de su texto, la misma, chocaría con un principio constitucional como lo es la protección de los derechos esenciales de la persona humana. Obsérvese que algunos prefieren no hablar de norma inconstitucional porque la misma se encontraría en el propio texto de la Constitución, pero en esencia tal norma sí sería inconstitucional porque contraría un principio de orden constitucional.[30]

Se ha sostenido igualmente que existe un orden supraconstitucional[31] de principios y normas a favor de la persona humana. Esto pues de conformidad con el artículo 23 de la Carta Magna[32] los tratados, pactos y convenciones internacionales tienen preeminencia sobre el propio texto constitucional si resultan más beneficiosos en torno a la protección de la persona humana.[33] Así por ejemplo, en materia de libertad de expresión, se alude al derecho de rectificación y respuesta ante el mismo órgano de difusión consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual presenta

---

Universidad Central de Venezuela, 1996, p. 201; Ortiz-Ortiz, *La dignidad y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo contemporáneo.* En: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 14, Caracas, 1996, p. 167; Vergés Ramírez, Salvador: *Derechos Humanos: Fundamentación.* Madrid, edit. Tecnos, 1.997, pp. 84-87.

29. Véase sobre el mismo: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 531-543; Domínguez Guillén, *La protección constitucional...*, pp. 613-617.

30. La consideración de norma "inconstitucional" no vendría dada por la comparación con el texto propiamente de la Constitución sino con los principios que inspiran la misma.

31. Es decir, por encima de la propia Constitución.

32. Señala dicha norma: "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público*".

33. Véase en este sentido: Rincón Eizaga, Lorena: *La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno de Venezuela en la Constitución de 1999.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 120, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, p. 105. Véase también: Brewer-Carías, Allan R.: *La Constitución de 1999.* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 2000, p. 161.

una redacción más favorable al ejercicio de ese derecho que la interpretación que pueda hacerse del artículo 58 del texto constitucional.[34]

El carácter supraconstitucional de los instrumentos referidos en el citado artículo 23 nos hace preguntarnos si tales normas o principios no son los mismos principios constitucionales pero que simplemente han sido consagrados expresamente fuera del texto de la Constitución a través de instrumentos internacionales.

En efecto, no todos los principios o valores protectores de la persona caben expresamente en el texto de la Constitución. Como indicamos, una cosa es el texto constitucional y otra la Constitución y los principios inherentes a ésta última. La interpretación a favor de la protección integral de la persona permite sostener la existencia de principios o derechos constitucionales que bien podrían no estar incluidos expresamente en su texto.

La propia Constitución consagra en su artículo 22 el carácter enunciativo de los derechos que enumera a favor de la persona.[35] La Constitución de 1961 en su artículo 50 consagraba igualmente una cláusula abierta a favor del carácter enunciativo de los derechos de la persona.[36] Dicha norma se repite en la Constitución de 1999 pero además agrega los *instrumentos* internacionales[37] a fin de seguir consagrando expresamente el carácter enunciativo de los derechos humanos.[38] El antecedente de dicha cláusula enunciativa se podría ubicar en el

---

34. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las libertades de expresión e información.* En: Revista de Derecho N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 60.

35. Refiere la norma: "*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.*"

36. Señalaba la norma que *la enunciación de los derechos contenidos en la misma no debía entenderse como la negación de otros que siendo inherentes la persona humana, no figuraban expresamente en ella.* Y agregaba *"La falta de ley reglamentaria no menoscaba el ejercicio de tales derechos".*

37. Inicialmente el art. 22 de la Constitución vigente aludía a "Tratados internacionales". Acertadamente Brewer-Carías indicaba que debía colocarse " *instrumentos*" en lugar de "tratados" a fin de incluir a las "declaraciones" de derechos humanos. (Brewer-Carías, Allan R.: *Debate Constituyente [Aportes a la Asamblea Constituyente]*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1.999, T. II, pp. 83 y 84).

38. Véase al respecto: Brewer-Carías: *La Constitución de 1999*, p.160, los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana.

texto constitucional de 1858.[39] Tal carácter enunciativo se mantiene -aunque con una redacción diversa- en los textos posteriores[40] hasta llegar a la Constitución de 1909 que presenta en su artículo 25[41] una redacción más cercana a la que conocemos actualmente. Dicha norma se repite en los textos constitucionales siguientes[42] hasta el actual. Cabe indicar que la propia norma en comentario señala expresamente que "*la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*". Es decir, su ejercicio y protección no está supeditado al desarrollo legislativo que pueda hacer el Estado sobre la materia. Es lo que se conoce como el carácter de "*autoejecutividad*".

El citado artículo 22 de la Carta Magna alude al carácter enunciativo de los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en los *Instrumentos* internacionales sobre derechos humanos. Tal expresión permite incluir en tales instrumentos las "*Declaraciones*" internacionales relativas a derechos humanos, respecto de las cuales algunos le niegan su carácter vinculante por no conformar "tratados, pactos y convenciones...suscritos y ratificados" por Venezuela según indica el artículo 23 *eiusdem*. Sin embargo, a pesar de la referencia de esta última norma y de la discusión sobre el carácter vinculante de las "Declaraciones", lo cierto es que las mismas a pesar de no haber sido suscritas y ratificadas, se incorporan automáticamente[43] al ordenamiento interno en virtud del carácter declarativo de los derechos de la persona humana.[44]

Nuestra Carta Fundamental consagra el carácter enunciativo de los derechos de la persona . De tal suerte que será estéril una discusión jurídica que ofrezca como único argumento la no consagración expresa de un

---

39. Véase art. 28: (Véase Constituciones en: Brewer-Carías, Allan Randolph: *Las Constituciones de Venezuela.* Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1.997).

40. *"La presente enumeración no coarta la facultad a los Estados para acordar a sus habitantes otras garantías"* Véase: Constituciones de 1864 (art. 15), 1874 (art. 15), 1881 (art. 15), 1891 (art. 15), 1893 (art. 15), 1901 (art. 18), 1904 (art. 18), 1909 (art. 24).

41. Indica la norma: "*La precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los ciudadanos y que no estén comprendidos en este Título.*"

42. Constitución de 1914 (art. 23), 1922 (art. 23), 1925 (art. 33), 1928 (art. 33), 1929 (art. 33), 1931 (art. 33), 1936 (art. 33), 1945 (art. 34), 1947 (art. 25), 1953 (art. 32), 1961 (art. 50).

43. Esto en el caso de contener disposiciones inherentes a los derechos de la persona.

44. La expresión *derechos humanos* del citado artículo 22 de la Constitución no debe entenderse limitada - a nuestro criterio- al sentido técnico del término relativo a normas protectoras del individuo frente al Estado, sino como derechos inherentes a la persona humana.

determinado derecho de la persona.[45] Es bien sabido en materia de interpretación jurídica que el legislador no es un ser ominipotente que puede prever al detalle la plenitud de derechos que despliega el ser humano. De allí que en modo alguno puede desconocerse la existencia de un derecho de la persona humana alegando la falta de consagración expresa. En un ámbito tan delicado como los derechos de la persona quien se quede ceñido al texto de las normas mostrará la austeridad jurídica de un espíritu que desconoce la importancia de la persona y de la interpretación. Como hemos dicho en otra oportunidad: Por encima de la letra de la ley se encuentra la finalidad del derecho; quien se quede atado a la letra de la ley no merece llamarse jurista, pues este sólo será tal si evidencia un manejo integral del derecho.[46] Y en este sentido, vale la pena recordar una vez más las palabras de Emilio Betti:

> "Solo una especie de mezquindad y de angustia mental dependiente de la falta de educación jurídica, explican el asombro del profano en derecho ante una interpretación jurídica y la pregunta ¿dónde está escrito?."[47]

Tal condición no taxativa ciertamente resulta aplicable a los derechos de la persona en general, y en consecuencia a los derechos de la personalidad.[48] Estos últimos según referimos aluden a la protección civil de los derechos de la persona.[49]

De no existir el citado artículo 22 en nuestro texto constitucional que establece el carácter enunciativo de los derechos de la persona, tendríamos que sostener igualmente tal carácter. Pues como acertadamente ha indicado

---

45. Véase: Domínguez Guillén, *Innovaciones*..., pp. 19 y 20; Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 470. El art. 23 de la nueva Constitución consagra expresamente que los tratados, pactos o convenciones internacionales tienen rango constitucional. Sin embargo, el rango constitucional de los tratados ya había sido adelantado por la doctrina y la jurisprudencia. (Véase en este sentido: Nikken, Pedro y otros: *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, edit. Jurídica Venezolana, 1.990, p. 43; Ayala Corao, Carlos M.: *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos*. En: El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1.998, p. 153; Brewer-Carías, *Debate*... T. II, pp. 114 y 115.
46. Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 589.
47. Citado en: ibid., p. 590. Se cita el libro de Betti, Emilio:*La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Unidas, 1975. Trad. y prólogo de José Luis de los Mozos, p. 131.
48. Domínguez Guillén, *Innovaciones*..., p. 20; Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 470.
49. Véase *supra* N° II.1.

Bidart Campos en aquellas Constituciones donde no existiere la cláusula de implicitud deberá entenderse a su vez implícitamente contenida.[50]

Otra idea fundamental que debe tenerse en cuenta en materia de interpretación constitucional es el carácter progresivo e irreversible de los derechos humanos.[51] La progresividad e irreversibilidad de los derechos de la persona implica que en esta materia las innovaciones han de ser siempre a favor de los mismos, es decir, a objeto de ampliarnos y no de restringirlos. De allí que se alude a su carácter "irreversible" porque los derechos alcanzados en esta materia no admiten retorno.[52] Así por ejemplo, según tuvimos ocasión de indicar, en nada afecta la protección de la vida del concebido, el cambio de redacción del artículo 74 del texto constitucional de 1961 que se refería a la protección del niño a partir de la concepción al texto del artículo 76 del texto constitucional de 1999, que alude a la protección de la maternidad a partir del momento de la concepción.[53] La redacción de la norma no hace variar la protección constitucional a favor del concebido en virtud del carácter irreversible de los derechos.[54]

La Constitución es la cúspide del sistema jurídico, pero a su vez, la persona ocupa el sitial de honor en dicha cúspide: en efecto, la persona natural o ser humano es la esencia de un orden legal legítimo y democrático. Solo una amplia,

---

50. Bidart Campos, Germán J.: *Los derechos no enumerados en la Constitución*. En: Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje N° 3, 2001, Vol. I, pp. 225-233. En efecto concluye el autor: Un escollo que se nos interpone aparece con las constituciones que no contienen una cláusula sobre derechos implícitos. ¿Es que en ese sistema constitucional sólo habrá derechos cuando haya normas de constancia? Nos cuesta consentir que el plexo de derechos sea normativamente taxativo. Entonces, aunque con audacia, hemos de proponer que las constituciones que carecen de una cláusula sobre derechos implícitos, *la contienen implícitamente*. Topamos así con algo curioso que es la doble implicitud, la de una norma sobre derechos innominados. Que la cláusula ausente sobre derechos implícitos pueda considerarse como existente en forma implícita es una buena maniobra interpretativa para dar acrecimiento y holgura al sistema de derechos en el constitucionalismo democrático. (ibid., pp. 232 y 233).

51. Véase: Nikken, Pedro: *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999*. En: La Constitución de 1999. Serie Eventos N° 14, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, p. 340.

52. Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 496, nota 13.

53. Ibid., pp. 494-497: Domínguez Guillén, *Innovaciones*..., pp. 25 y 26. Véase igualmente: Ribeiro Sousa, Dilia María: *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2.000, p. 290.

54. En sentido contrario, véase: Brewer-Carías, *Debate*..., T. III, p. 165.

progresiva e irreversible interpretación a favor de los derechos del ser humano hace posible materializar la primacía de la persona en la Constitución. No podría ser de otro modo; un orden constitucional que desconozca a su propio creador, a saber, la persona humana encontrará poco sentido útil y desconocerá la esencia que legitima su existencia. Contrariamente, una Constitución que refleje la primacía de la persona encontrará en sí misma la debida amplitud jurídica que le permitirá perdurar en el tiempo y en la justicia.

4. El derecho natural y una proyección de clasificación

Ya nos referimos al carácter enunciativo de los derechos de la persona[55]. Esto implica admitir que los derechos son inherentes al ser humano al margen de su consagración por el Estado. Esta concepción ciertamente iusnaturalista permite interpretar con amplitud y seguridad los derechos y garantías que por naturaleza debe disfutar el ser humano. Si bien en esta materia se pueden enfrentar la tesis del derecho natural con la de derecho positivo, el primero de estos no puede ser desconocido por ser el fundamento del último.[56] El derecho natural es el verdadero fundamento del derecho positivo, porque su fuerza está referida al núcleo de justicia indispensable para una vida social digna y humana.[57] El derecho natural contiene los principios de la conciencia natural y dentro del conocimiento de la naturaleza de las cosas es suficiente conocer el *suum* de las relaciones humanas, entre los que se ubica el respeto a la vida, integridad y honor de los demás.[58] No tenemos reparo en admitir que solo una postura ciertamente iusnaturalista nos permitirá tratar y proteger con amplitud la materia relativa a los derechos de la persona. En efecto, el carácter enunciativo de los derechos de la persona tiene eminentemente un matiz enlazado al derecho natural. Las consideraciones sostenidas en el punto anterior [59]dejan ver que el tratamiento constitucional de los derechos de la persona está impregnado de un sentido ius naturalista. Limitar la existencia de un derecho de la persona a su consagración positiva atenta no solo contra la naturaleza del ser humano sino contra la necesaria primacía de la persona en el orden jurídico.

Los derechos de la persona tienen un origen ciertamente iusnaturalista.[60] Precisamente por tener su origen en la naturaleza, existirán al margen de su

---

55. Véase *supra* N° II.3.
56. Véase: Verna de Briceño, Elizabeth: *Presencia de los Derechos Humanos*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1992, pp. 23-27.
57. Ibid., p. 26. Véase igualmente: Vergés Ramírez, ob. cit., pp. 23-34.
58. Parra Aranguren y Serrano, ob. cit., p. 41.
59. Véase *supra* N° II.3.
60. Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación....*, p. 76.

consagración legislativa.[61] Cualquier clasificación de los derechos de la persona es independiente de la existencia de estos, porque la no consagración expresa de algún derecho no constituye óbice alguno para su protección. Tal es el caso por ejemplo del derecho a la voz, que pese a que no está expresamente consagrada en el texto constitucional se le concede la misma protección que el derecho a la imagen. De la misma forma, podrán surgir con el devenir del tiempo y la tecnología nuevos y autonómos derechos, porque estamos en presencia de una materia dinámica por excelencia. Es el caso por ejemplo del derecho a la "autodeterminación informativa" el cual se constituyó por imperiosa necesidad en un derecho independiente de la privacidad y la intimidad.[62] La Constitución como directriz normativa fundamental arropa en su interpretación la diversidad y progresividad de derechos que amparan a la persona.

Los derechos de la persona son de difícil clasificación. No es menester en estas líneas ahondar sobre las múltiples clasificaciones posibles que pueden predicarse de los derechos del individuo.[63] La Constitución establece los derechos sociales, culturales y económicos que pretenden propiciar la igualdad.[64] Se alude también a derechos civiles y políticos, así como a derechos económicos y sociales. También se ha referido la doctrina a diversas generaciones de derechos humanos.[65] Y en materia de derechos de la personalidad se ha distinguido los derechos relativos al cuerpo por oposición a los que tienen que ver con la integridad moral o psíquica. Respecto de los derechos relativos a la persona cualquier clasificación que se pueda ofrecer en este sentido se presentaría ciertamente como una simple aproximación. Algunos aluden a derechos "fundamentales" de la persona para oponerlos a otra categoría de derechos no tan sensibles o vitales de la misma.[66] Así se protege la "vida"

---

61. Ibid., p. 77.
62. Ibid., pp. 77 y 78.
63. La Constitución en su Capítulo III (arts. 43 y ss) consagra los derechos civiles; en el Capítulo IV consagra los derechos políticos (art. 62 y ss); en el capítulo V desarrolla los derechos sociales y de la familia (arts. 75 y ss.); en el capítulo VI señala los derechos culturales y educativos (arts. 98 y ss); en el Capitulo VII prevé lo relativo a los derechos económicos (arts. 112); el capítulo VIII alude a los derechos de los pueblos indígenas (arts. 119 y ss); el capítulo IX trata sobre los derechos ambientales (arts. 127 y ss).
64. Domínguez Guillén, *La protección....*, p. 617.
65. Y así por ejemplo, entre los derechos humanos de la tercera generación se incluye: el desarrollo, la paz, el medio ambiente sano y el beneficiarse del patrimonio común de la humanidad.
66. Véase en este sentido: Vergés Ramírez, ob. cit., pp. 88-90. Señala el autor que "no todos los derechos humanos gozan de la misma categoría, pues hay una jerarquía entre los mismos...no todos los derechos son iguales cualitativamente considerados." (ibid., p. 88).

como derecho que se ubica en la cúspide del orden legal y presentarse además como presupuesto de la personalidad. Sin embargo, la distinción entre derechos fundamentales o esenciales y otros derechos menos importantes es cuestionable en sí misma, porque al margen de la discusión sobre las garantías que podrían ser suspendidas en casos excepcionales, la persona es titular de una diversidad de derechos cuyo disfrute en su conjunto le permiten el ejercicio de su dignidad.[67] Así, los derechos no consagrados en forma expresa igualmente deben ser preservados porque al margen de su discutible carácter de "fundamental" son inherentes a la persona.Tendrían en este sentido las clasificaciones un sentido eminentemente didáctico porque lo importante será ciertamente el derecho en sí mismo.

En otras oportunidades nos hemos aproximado a una clasificación de los derechos de la persona en el ámbito del derecho civil, es decir, de los derechos de la personalidad.[68] Especialmente nos hemos pronunciado en torno a las innovaciones de la Constitución de 1999 respecto de derechos y a tales consideraciones nos remitimos.[69] Señalamos como novedad que el nuevo texto constitucional se refiere expresamente a derechos de la persona tales como la intimidad[70], la autodeterminación informativa[71] y la imagen[72]; igualmente indicamos que no se pronuncia en forma expresa en torno a otros derechos de la persona tales como la identidad o la voz. No obstante a fin de ser consecuentes con el carácter enunciativo que con tanto ahínco hemos sostenido a lo largo de las presentes líneas, concluímos que en esencia la consagración expresa de un

---

67. Piénsese por ejemplo que por oposición al derecho a vivir, considerado como es obvio el derecho por excelencia, se pretendan descalificar derechos como la intimidad, la imagen o la voz. Ciertamente el individuo tiene una integridad moral que debe protegerse porque su sensibilidad puede verse afectada. De lo contrario, las únicas violaciones que encontrarían sentido útil serían las relacionadas con la vida, la integridad física o la libertad; esto sería ilógico porque derechos como la identidad, el honor, la privacidad y otros protegen la integridad moral de la persona y su violación repercute en su dignidad. Finalmente, la dignidad del ser humano es la que justifica la existencia de los diversos derechos al margen de una pretendida categoría o clasificación según la importancia de cada uno de ellos.

68. Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación....* pp. 88-91; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, 471-490; Domínguez Guillén, *Innovaciones,* pp. 17-44. Distinguimos entre 1.- El Derecho a la *identidad*; 2.- Los derechos relativos al *cuerpo* (vida, integridad física y disposición del cuerpo) y 3.- Los derechos relativos a la integridad *moral* (libertad, honor, privacidad, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz).

69. Véase: Domínguez Guillén, *Innovaciones,* pp. 17-44; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, 471-490.

70. Véase art. 60 de la Constitución.

71. Véase art. 28 de la Constitución.

72. Véase art. 60 de la Constitución.

derecho inherente a la persona en el texto del orden constitucional o de la ley resulta sustancialmente indiferente a los fines de su existencia y protección.

CONCLUSIÓN

La persona constituye la noción más trascendente para el orden jurídico; particularmente la persona natural o ser humano se presenta sin lugar a dudas como la protagonista esencial del Derecho. El ordenamiento constitucional que representa la cima del orden legal no escapa de dicho principio y en consecuencia su interpretación debe estar precedida y orientada por la primacía de la persona.

El derecho existe por y para el ser humano, pues inclusive la propia persona incorporal existe por creación de aquél. Siendo el hombre un *prius* respecto de la ley, mal podría ésta revertirse en perjuicio de su protección; sería como traicionar a quien le dio existencia, pues además de creadora la persona es la protagonista del Derecho. Los derechos de la persona tienen un carácter netamente enunciativo y la falta de reglamentación no es óbice para el ejercicio de los mismos aun cuando carezcan de consagración expresa. Esa amplitud proyectada en la Constitución a favor de la persona natural, encuentra sentido en virtud de la primacía del ser humano dentro del orden constitucional y del ordenamiento jurídico en general. Lo primero es la persona: la prioridad es ella y sus derechos, esto al margen de los vaivenes en la redacción del texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE FLOREZ-VALDEZ, JOAQUÍN: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional.* Madrid, edit. Tecnos, 1990.

ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA ELSA: *Persona Humana, ingeniería Genética y procreación Artificial. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo.* En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 15-62.

AYALA CORAO, CARLOS M.: *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos.* En: El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1.998, pp. 137-154.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, edit. Tecnos, 1.997.

BETTI, EMILIO: *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Unidas, 1975. Trad. y prólogo de José Luis de los Mozos.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *Los derechos no enumerados en la Constitución*. En: Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje N° 3, 2001, Vol. I, pp. 225-233.

BREWER-CARÍAS, ALLAN R.: *Las Constituciones de Venezuela*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1.997.

_____: *Debate Constituyente [Aportes a la Asamblea Constituyente]*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1.999, T. II y III.

_____: *La Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 2000.

CARRASCO PERERA ANGEL: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos S.A., 1.996.

CASAL, JESÚS MARÍA: *Constitución y Justicia Constitucional (Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol 17, N° 2, mayo-agosto 1.990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 301-321.

CRUZ IBAÑEZ SANTA MARIA, GONZALO: *Persona, Personalismo y Derecho Humanos*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, N° 2, mayo-agosto 1.985, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 313-323.

DOMINGUEZ GUILLÉN, MARÍA CANDELARIA: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 49-311.

_____: *La protección constitucional de los incapaces*. En: Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 609-658.

_____: *Las libertades de expresión e información*. En: Revista de Derecho N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 19-72.

_____: *La persona: ideas sobre su noción jurídica*. En: Revista de Derecho N° 4. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 317-355.

_____: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001.

_____: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17-44.

FAUNDEZ LEDESMA, HÉCTOR: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El derecho a un juicio justo)*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1.992.

_____: *La evolución del Derecho Internacional y la condición jurídica del individuo*. En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República. 135° Aniversario. Caracas, 1998, pp. 403-479.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: *La vida. Principio rector de derecho*. Madrid, Dykinson, 1.999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, edit. Civitas S.A., 1994.

GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSSEN: *De los Conceptos de Persona y Hombre en la Tradición Romanística*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1.995, pp. 39-53.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La dignidad de la persona*. Madrid, edit. Civitas S.A., 1.986.

HATTENHAUER, HANS: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1.987.

HOOFT, PEDRO FEDERICO: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1.999.

HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M.: *La persona y sus derechos*. Colombia, edit. Themis S.A., 2.000.

LETE DEL RIO, JOSÉ: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1.996.

MIRABELLI, CESARE: *Observaciones sobre los derechos fundamentales de la persona*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1.995, Traducción José E. Fuquen Corredor, pp. 55-63.

MONTOYA MARÍN, JUAN ELISEO: *Concepto de hombre, persona y derechos humanos*. En: http: // www.monografias.com/trabajos7/ perde/perde.shtml

NIKKEN, PEDRO: *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999*. En: La Constitución de 1999. Serie Eventos N° 14, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, pp. 335-359.

NIKKEN, PEDRO Y OTROS: *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, edit. Jurídica Venezolana, 1.990.

ORTIZ-ORTIZ, RAFAEL: *Investigación especulativa sobre el fundamento jurídico de la dignidad humana*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 97. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1996, pp. 177-261.

_____: *La dignidad y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo contemporáneo*. En: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 14, Caracas, 1996, pp. 15-297.

PARRA ARANGUREN, FERNANDO Y ALBERTO SERRANO: *Elementos para el estudio de la norma jurídica*. En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 11-79.

PEÑA SOLIS, JOSÉ: *La interpretación conforme a la Constitución*. En: Curso de Capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica. Serie Eventos N° 3. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 357-393.

PLANCHART MANRIQUE, GUSTAVO: *Reflexiones sobre el control de la Constitución y la interpretación constitucional*. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1.990.

RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1.995.

RIBEIRO SOUSA, DILIA MARÍA: *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961).* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2.000, pp. 271-295.

RINCÓN EIZAGA, LORENA: *La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno de Venezuela en la Constitución de 1999.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 120, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 87-108.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial).* Barcelona, edit. Ariel, 1.995.

SEGURA ORTEGA, MANUEL: *La racionalidad jurídica.* Madrid, edit. Tecnos, 1998.

SERRANO ALONSO, EDUARDO: *Derecho de la Persona.* Madrid, La Ley Actualidad, 2ª edic., 1.996.

VERGÉS RAMÍREZ, SALVADOR: *Derechos Humanos: Fundamentación.* Madrid, edit. Tecnos, 1.997.

VERNA DE BRICEÑO, ELIZABETH: *Presencia de los Derechos Humanos.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1992.

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: DEFINICIÓN Y LÍMITES

POR RAMÓN ESCOVAR LEÓN*

El Tribunal debe declarar como derecho vinculante sólo aquellos principios capaces de lograr -en su momento, pero previsiblemente en el futuro inmediato- general aceptación.

Alexander Bickel[1]

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I.DELIMITACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL. II. DOCTRINAS SOBRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL. III. LA INTERPRETACIÓN DEFINIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL. IV. LAS DOCTRINAS VINCULANTES CONTRADICTORIAS ¿QUÉ HACER? V. EL CONFLICTO ENTRE SALAS. VI. LIMITES DEL CARÁCTER VINCULANTE. VII. REFLEXIÓN ADICIONAL.

---

*. Abogado *summa cum laude* (UCAB 1974), rango 1/62. Profesor Titular en la Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV y de Derecho de la UCAB. Doctor en Derecho (UCV). *Magister* en Administración de Empresas (UCAB). Jefe de la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Profesor de los cursos de Doctorado en Derecho en la UCV. Este trabajo corresponde a una línea de investigación que desarrollo sobre el derecho procesal constitucional, la cual aspiro culminar con la publicación de un libro.

1. BICKEL, Alexander M: *The Least Dangerous Branch*. New Haven, Yale University Press, 1962, p. 239. Dice en la version original así:... "the Court should declare as law only such principles as will–in time, but in a rather immediate foreseeable future-gain general assent".

INTRODUCCIÓN

Como es conocido, las sentencias que dicta la Sala Constitucional (SC) son distintas a aquellas que provienen de la jurisdicción ordinaria[2], por dos razones. En primer lugar, porque no se basan necesariamente en el silogismo; y, en segundo lugar, porque tienen carácter vinculante, toda vez que son consecuencia de la interpretación de una norma o principio constitucional. Este último aspecto, el carácter vinculante, es de vital importancia y exige conocer cómo se delimita el concepto de precedente constitucional.

Para acometer lo señalado, se hará referencia a las doctrinas sobre el precedente judicial, con especial énfasis en el sistema norteamericano. Luego, pasaré a examinar la "gramática" interpretativa de la SC, tal como ha sido definida por la sentencia Nº 1077 de fecha 22.09.2001 (caso: Servio Tulio León). Posteriormente mostraré uno de los problemas generado por el conflicto entre "doctrinas vinculantes" dictadas por la SC; y, finalmente, se harán algunas consideraciones generales.

I. DELIMITACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El precedente constitucional está delimitado por lo que el Tribunal se propone resolver, es decir, el posible valor de precedente está conectado con el *thema decidendum*. Ahora bien, determinar lo que constituye el precedente no es tarea fácil, puesto que para que pueda existir, es necesario que el nuevo caso al cual pretende aplicarse, tenga cierta identidad con la que le sirve de base, antecedente o precedente. Hecha esta precisión se puede decir que la delimitación de los alcances de esa identidad entre los casos, es lo que debe ser objeto de precisión.

---

2. Uso el término justicia constitucional como sinónimo de jurisdicción constitucional, tal como lo enseña EISENMANN, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constituionnelle D'Autriche*. Paris, Economica- Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 2. No obstante, la doctrina nacional entiende que son dos conceptos diferentes. Véase DUQUE CORREDOR, Román José: *La Interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jueces*. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo deJusticia*. Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2. Dice así este importante autor: "La **Justicia Constitucional** es la que ejercen todos los Tribunales de la República, a través del control constitucional difuso de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones normativas y la acción de amparo. Mientras que la **Jurisdicción Constitucional** de las leyes y de los demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia". Véase igualmente BREWER CARIAS, Allan R: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 13.

Lo señalado resulta sencillo cuando se trata del sistema de derecho común, en los cuales se distingue, sobre la base del caso concreto, entre los tres sectores estructurales de la decisión, es decir, el *holding*, el *dictum* (o *dicta*) y el *rationale*, los cuales constituyen la estructura del precedente[3].

El término *holding* equivale a nuestra *ratio decidendi;* y en lo que atañe a la distinción entre *holding* y *dictum* hay que precisar el nivel de discusión al cual se refiere el análisis de la sentencia. Para el tratamiento del asunto hay que identificar lo que en el derecho norteamericano se define como *holding o "ratio decidendi"*[4], es decir, la parte de la decisión que fundamenta el precedente. Este término se contrapone al *dictum* que se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o sobreabundantes[5], las cuales carecen de carácter vinculantes con efectos *erga omnes*, pues estas últimas tan solo poseen carácter persuasivo. Ello significa que la fijación de los límites de la sentencia constitucional puede lograrse con el uso del precedente judicial, concepto éste que inspira al principio de *stare decisis*, esto es, el principio jurídico en el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión, es decir, el sistema basado en las reglas jurisprudenciales preexistentes[6]. El *holding* o *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y se equipara al concepto de precedente judicial del derecho civil[7].

---

3. MAGALONI KERPEL, Ana Laura: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, McGraw Hill, 2001, p. 80. En relación con este libro véase: AHUMADA RUIZ, María Ángeles: *Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional)*. A propósito de *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N° 67, Enero-Abril 2003, pp. 351.

4. El término *holding* es el usado en el sistema norteamericano y *ratio decidendi* en el sistema inglés. La doctrina iberoamericana utiliza ambos términos como sinónimos (MAGALONI: ob. cit, p. 81).

5. El término *dictum* (singular) o *dicta* (plural*) constituyen una abreviación de los términos obiter dicta u obiter dictum* (MAGALONI:*Ibíd*).

6. "*The doctrine of precedent, under wich it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*". BLACK'S LAW DICTIONARY. St. Paul, West Publishing Co., seventh edition, 1999, p. 1414 Véase igualmente CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C: *Diccionario Jurídico. Law Dictionary*. Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1196, T. I, p. 711. También es traducido como: "Obligatoriedad de los precedentes judiciales" (*Ibíd)*.

7. "The general orthodox interpretation of *stare decisis* ...is *stare rationibus decidendis* ('keep to the rationes decidendi of past cases') BLACK'S LAW DICTIONARY: *loc. cit.* Véase igualmente MORAL SORIANO, Leonor: *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 16. En nuestro sistema, en materia de precedente judicial, hay que atender al alcance o ámbito (*scope*) del precedente sobre su fuerza (*strength*).

El término *rationale*, por su parte, alude a la motivación (*grounds of the holding*) que expone la decisión para fundamentar su conclusión y "tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante"[8].

La doctrina señala que los términos *holding* y *dictum* tienen distintos significados de acuerdo con diversos niveles de discusión pero, entre ellos, destacan el examen de la decisión desde el punto de vista del conflicto decidido y el referente a su fuerza normativa en futuros conflictos. En relación con el primero, es decir, la determinación del precedente de acuerdo con el conflicto decidido, el *holding* está constituido por la regla o principio que define el tribunal al decidir el caso concreto. Y el *holding* desde la perspectiva del posible valor normativo de la decisión, está delimitado por la regla que se considera vinculante. Dicho en otros términos: en la primera visión (conflicto decidido), el *holding* es la regla establecida para decidir el caso; y en el segundo, lo es la regla que se establece como vinculante para el futuro[9]. En todo caso, la aplicación del precedente dependerá de la relación, por la similitud o diferencias fácticas, entre el caso en el cual se estableció el precedente y aquel en el cual se va aplicar en el futuro.

II. DOCTRINAS SOBRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

> **Uno de los mejores modos de no conocer lo propio es desconociendo lo ajeno.**
>
> *Un viejo profesor español*[10]

En el sistema jurídico norteamericano, la delimitación del precedente constitucional es concebida de manera diferente por las doctrinas *maximalista* y *minimalista*. Si bien ambas tienen maneras distintas de enfocar el problema, las mismas tienen un punto de encuentro en el terreno de la vida académica y judicial norteamericana; y la preferencia de una sobre la otra, obedece básicamente a aspectos de estrategia judicial.

Según la doctrina *maximalista*, la regla del precedente o el *holding* debe ser general y abstracta de manera que puedan abarcar a toda una categoría de asuntos en el futuro. Mientras que para la visión *minimalista*, la regla o *holding* debe ser confeccionada para el caso concreto (*cases to the point*),

---

8. MAGALONI: *Ob. cit*, p. 82.
9. Ibíd, p. 83.
10. Frase atribuida a un viejo profesor español por Manuel Aragón. En: Prólogo a la obra de MAGALONI: El Precedente constitucional ...cit, p. XXII.

en vista de que la regla de precedente se aplicará a casos idénticos con la ayuda del razonamiento analógico[11].

Se considera que el criterio *minimalista* debe prevalecer en aquellos casos en los cuales el Tribunal se enfrenta a un asunto conflictivo hasta colocarlo en el centro del debate político[12]. En cuanto al criterio *maximalista,* se debe aplicar cuando se trata de un caso que, si bien es de interés general, no padece de la dosis de conflictividad política cotidiana que como se señaló, es campo preferido por la visón minimalista. Así, por ejemplo, en materia de aborto y segregación racial, en los conocidos casos *Roe vs. Wade* (1973) y *Brown vs Board of Education* (1954) la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó la visión maximalista y luego elaboró reglas abstractas. En el primer caso, la Corte hizo abstracción de los hechos concretos alegados por Roe y prefirió pronunciarse sobre el tema del aborto de manera general[13], para permitirlo. En relación con el segundo, la Corte estableció una regla general en materia de segregación racial para pronunciarse en contra de la misma[14].

La definición de los criterios doctrinarios señalados, orientan el camino hacia la definición del precedente constitucional, tarea que requiere de un análisis detenido. Y en cuanto a la doctrina vinculante de un fallo, es conveniente aclarar que no es necesario dirigirse al dispositivo, entre otras razones, porque el concepto *holding* no es sinónimo de dispositivo. Así las cosas, cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, hay que realizar un cuidadoso examen en la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren unos pronunciamientos que pueden ser parte integrante del *holding.*

Así, en un sistema de derecho civil como el nuestro, el establecimiento de una doctrina vinculante debe tener un carácter excepcional y, en principio, debe interpretarse en forma restrictiva[15] y el carácter vinculante de la decisión

---

11. *Ibíd.*, pp. 99-100. Estas doctrinas, *maximalista y minimalista*, cohabitan en la vida forense norteamericana (*Ibíd*, p. 89).

12. *Cfr. Ibíd.*, p. 123.

13. Véase TRIBE, Lawrence y DORF, Michael: *On Reading the Constitution*. Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1991, p. 63.

14. Para un examen más detallado de estas decisiones véase SULLIVAN, Katahleen y GUNTHER, Gerald: *Constituional Law.* New Cork, Foundation Press, 2001, p. 521-531 y ss y p. 639-647.

15. Véase la acción de interpretación de fecha 25 de junio de 2002 propuesta por Hernando Díaz Candia y María Cecilia Rachadell en fecha 25.06.2002 y admitido en decisión número 1071 del 8.05.03 y pendiente de decisión a la fecha en que se termina este trabajo. Véase alguno de los importantes argumentos consignados en este escrito reproducidos en la mencionada sentencia n° 1071.

solo sería aplicable en un caso futuro siempre y cuando exista identidad fáctica. Este es el criterio que debe aplicarse en los asuntos de repercusión política. Por ejemplo, las decisiones sobre el *referéndum* deben estar dirigidas a resolver un asunto concreto, el *referéndum*, y la doctrina que de él emerja solo sería aplicable a otro asunto con identidad en los hechos.

En cambio, si se trata de la interpretación de una norma o principio constitucional como el derecho a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, la Sala podrá abstraerse de los hechos del caso concreto sometido a decisión para confeccionar reglas de aplicación general a otros casos, aunque no haya identidad total en los hechos.

Esta solución podría ser identificada con la combinación de la visión minimalista y maximalista vigentes en el sistema norteamericano, aunque habría que estar muy atento al análisis para evitar que se considere vinculante doctrinas que no pueda serlo, puesto que no se trate de interpretación de normas o principios constitucionales.

Cuando se hace referencia a la doctrina propia del modelo norteamericano, no se hace con la aspiración de copiar o trasladar el modelo a nuestro medio. También conviene aclarar que, pese a la influencia que ha tenido el sistema anglosajón en el derecho constitucional europeo, nuestro sistema no se corresponde al del case *law*[16].

Cuando se analiza la doctrina de la Sala Constitucional, se puede encontrar que han establecido una doctrina equivocada y, en estos casos, el juzgador no debe estar constreñido a seguir un precedente de esas características[17]. Para el derecho venezolano el asunto no es banal, puesto que si se toma en cuenta que nuestra SC, actuando con una voracidad judicial inédita, ha dictado una cadena de decisiones que, por tener "efectos vinculantes", han recibido el rechazo de la comunidad jurídica. A título de ejemplo, se puede mencionar la sentencia número 180 de fecha 28.03.00 (caso: *Megaelecciones*), y las que restringen la libertad de expresión, entre las cuales figuran la sentencia número 1013 de fecha 12.06.00 (caso: *Elias Santana*) y la decisión número 1942, de 15.07.03 (caso: *censura previa*)[18]. En los casos señalados, aún

16. Véase ARAGON en el prólogo a la obra de MAGALONI; El precedente constitucional...*cit*, p. XXI.

17. SILBERMAN, Linda y STEIN, Allan: *Civil Procedure: Theory and Practice*. New York, Aspen Law & Businees, 2001, p. 56.

18. Esta sentencia número 1942 podría identificarse como caso: *Rafael Chavero* pero creo que resulta más pertinente identificarla como caso: *censura previa*. De esta manera la conciencia jurídica del país podrá recordar más crudamente esta inédita manera de interpretar las normas y principios constitucionales. Hugo Chávez.

admitiendo, lo cual es dudoso, que ellas establecen un precedente constitucional vinculante, el juzgador no puede aplicar una regla que, de aplicarse, tendría efectos devastadores en la sociedad.

En la labor de revisión de la SC se advierte una transformación en cuanto a la judicialización (*rectius*: constitucionalización) de las cuestiones políticas. Esa forma de creación jurisprudencial venezolana, está influenciando de manera muy notoria las competencias de los tribunales. Y todo esto provoca, en consecuencia, la existencia de un ordenamiento jurídico que, paradójicamente, vulnera la garantía a una justicia transparente. Asumiendo un carácter voraz, la Sala Constitucional actúa de manera desmesurada en asuntos que, en verdad, no son de su esfera de incumbencia.

Esa ampliación del horizonte constitucional, la ha llevado a decidir sobre la aplicación o no de "doctrinas" constitucionales, incluyendo declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas y se ha apropiado de todo cuanto atañe a los amparos, sin tomar en cuenta la materia (sentencia N° 7, 1.02.00, caso: *José Amando Mejía*). En materia de interpretación se reservó amplias facultades al extremo de incluir la posibilidad de interpretar *in abstracto* la Constitución (sentencia 1077, 22.09.01, caso: *Servio Tulio León*), y más recientemente en la interpretación de las normas contenidas en los Tratados relativos a los derechos humanos[19]. En este último aspecto, la Sala se reserva la potestad única, lo cual ha sido repudiado por la doctrina especializada sobre la materia[20].

Por todo lo antes señalado, se hace necesario, a la vez que útil, destacar la importancia que tiene una acción de interpretación sometida a la consideración de la Sala Constitucional propuesta en fecha 25 de junio de 2002[21], en la cual los accionantes solicitaron la interpretación del artículo 335 de la Constitución. Esta solicitud fue admitida el 8 de mayo de 2003 en decisión N° 1071[22]. En ella

---

19. Sentencia N° 1942, 15.07.03.
20. Véase FAÚNDEZ LEZAMA, Héctor: *Los límites de la ignorancia*. En: El Nacional, 17.07.2003, p. A-6-
21. Acción de interpretación propuesto por los abogados Hernando Díaz Candia y María Cecilia Rachadell
22. Contrasta con el caso Distribuidora Samtronic, que fue decidido en sentencia N° 1087 de fecha 9.05.03, ante una revisión propuesta contra la sentencia de la SPA de fecha 25.03.03. No hay criterios de selección, este último caso es de interés solo para las partes y allí la Sala fue rápida y contundente; mientras que en la acción de interpretación que se comenta, que sí es un tema de interpretación de interés general, la Sala es lenta. No se puede saber cuál es el criterio de rapidez en un caso de interés particular, y la lentitud en un asunto de interés general.

se utilizan importantes argumentos recogidos en la referida decisión N° 1071 de la manera siguiente:

> "En efecto, estimaron que los tribunales y los abogados en ejercicio deben tener certeza sobre si todo lo que decide esta Sala Constitucional, al referirse a normas constitucionales, es vinculante o si sólo la parte central del *thema decidendum ("holding")* es vinculante, de modo que todas las aserciones incidentales (*"dictum"* o *"dicta"*), tienen sólo carácter persuasivo pero no vinculante, dado que la incertidumbre se refiere al carácter primario o secundario de la jurisprudencia de esta Sala como fuente del Derecho. Por ello, adujeron que de persistir la incertidumbre con respecto al contenido y alcance del artículo 335 de la Constitución, los tribunales *"podrían considerarse vinculados por todos los aspectos de las decisiones de esta Sala que mencionen disposiciones constitucionales (i.e. prácticamente todas), cuando, en realidad sólo algunas partes de dichas sentencias deben considerarse verdaderamente vinculantes"*.

Como se puede observar, la sentencia reproduce el argumento de la solicitud de interpretación en cuanto considera lo siguiente: (i) la interpretación constitucional no se hace *in abstracto* sino referida al caso concreto; (ii) las consecuencias vinculantes con efectos *ex nunc "deben ser limitadas y restringidas"*.

En forma muy resumida se puede decir que por la solicitud comentada se le pidió a la SC la interpretación del artículo 335 de la Constitución de manera restrictiva, con efectos *erga omnes,* para lo cual se deben cumplir concurrentemente con los dos requisitos siguientes: "(i) que se trate de interpretaciones realizadas por la Sala sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales (tal como lo requiere la letra del artículo); y (ii) que se trate de principios jurídicos contenidos o desprendidos del *thema decidemdum* central de la sentencia, y no de simples aserciones hechas por la Sala o cuestiones incidentales, aun referidas al contenido o alcance de normas y principios constitucionales".

De los párrafos que anteceden se pone de relieve el punto central del problema: el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación; y esto independientemente

Este asunto ya había ocupado la atención de nuestra más autorizada doctrina. El profesor Román Duque Corredor ha puesto de relieve que debe distinguirse entre lo que es la *esencia de la argumentación* de lo que constituyen

puntos marginales[23] cuando se trata de la interpretación del contenido o alcance de normas y principios constitucionales. En cuanto a la apreciación judicial, el precedente constitucional se ubica en la fundamentación directamente conectada con el tema a decidir (*thema decidendum*).

III. LA INTERPRETACIÓN DEFINIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

En otro trabajo ya publicado, tuve la oportunidad de exponer mis puntos de mira en relación con los criterios de interpretación constitucional[24]; y en esta ocasión voy a referirme a la interpretación, tal como ha sido entendida por la jurisprudencia de la SC.

La sentencia líder en esta materia es la número 1077 de fecha 22 de septiembre de 2000[25] (caso: *Servio Tulio León*), la cual señaló, amparada en le Exposición de Motivos de la Carta Magna, que las potestades asignadas a la Sala en materia de interpretación "se ejercen con motivo de la acción popular de inconstitucionalidad, la acción de amparo, el recurso de interpretación de leyes u otro caso concreto de carácter jurisdiccional cuya competencia esté atribuida a la Sala (Revisión de sentencias prevista en el ordinal 10 del artículo 336 de la vigente Constitución)". La sentencia referida antes, introdujo notables cambios y otorgó amplias facultades interpretativas a la SC que van más allá del acto interpretativo, llegando incluso la Sala a reservarse la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, argumentando que se hace porque pueden surgir conflictos entre la norma constitucional con los valores que la informan.

Con relación a la sentencia que se viene analizando, el significado es considerable y viene a establecer en términos concluyentes, lo siguiente:

A. Las sentencias que se dictan en sede de jurisdicción constitucional son distintas a las que se dictan los demás tribunales que ejercen la "función jurisdiccional".

---

23. DUQUE CORREDOR, Román José: *La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces*. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. Barquisimeto, XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2.

24. Véase *La potestad de revisión constitucional como Deus ex machina*...cit, pp. 343-386.

25. Véase HARO, José Vicente: *La Interpretación de la Constitución y la Sentencia 1077 de la Sala Constitucional*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Caracas, Editorial Sherwood, N° 2, pp. 453-460. El texto de la sentencia así como el voto concurrente se puede consultar en la Revista de Derecho Constitucional... *cit*, pp.460-476; también puede consultarse en www.tsj.gov.ve.

B. Es posible que no exista propiamente un demandado, lo que haría "dudar de su carácter contencioso, pero como no se persigue mediante ellas la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes, los procesos que en ese sentido se instauren no pueden considerarse de jurisdicción voluntaria (artículo 895 del Código de Procedimiento Civil), por lo que ésta no es la naturaleza de las causas constitucionales".

C. Los procesos constitucionales contienen "potencialmente" un conflicto de intereses entre el actor y "los otros componentes de la sociedad que tengan una posición contraria a él", y esto no entraña una reclamación de derechos entre particulares. "Pero tal naturaleza, no elimina en las acciones constitucionales, procesos con partes que ocupan la posición de un demandado, como lo sería la sociedad encarnada por el Ministerio Público, o los interesados indeterminados llamados a juicio mediante edictos; o con litigantes concretos, como ocurre en los amparos constitucionales. Ni excluye sentencias que producen cosa juzgada, cuyos efectos, al igual que en el proceso civil, pueden ser absolutos o relativos".

D. Las sentencias que se dictan en materia constitucional "pueden" ser declarativas de certeza, es decir, mero declarativas.

E. Las pretensiones constitucionales no tienen que fundarse en hechos concretos de aquellos subsumibles en un supuesto de hecho abstracto, "y esto las diferencia de otras pretensiones que originan procesos contenciosos, las cuales están fundadas en hechos que conforman los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación se pide".

F. La acción popular de inconstitucionalidad se fundamenta en la circunstancia en la cual "una ley o un acto, coliden con el texto constitucional". Y esto es un asunto de mero derecho. Esta situación "no es exclusiva de todas las acciones constitucionales", por cuanto ocurre también "en algunos amparos" y para ello basta que el accionante "afirme que la ley le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional, de allí la naturaleza popular".

G. Ante la interrogante, ¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución? recurre al concepto de acción, para luego aseverar que la Constitución prevé una acción para que "se interprete la ley". Y esta es llamada recurso

de interpretación, según lo dispone el numeral 6 del artículo 266 que tiene por objeto el contenido y alcance de los textos legales, "lo que podría ser interpretado en el sentido que el *"recurso"* se refiere a lo legal y no a lo constitucional".

H. Señala que "El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción". Luego desarrolla conceptos sobre interés jurídico para distinguirlo de interés procesal. El primero lo ostenta quien desea defender hacia el futuro una situación jurídica. Y el segundo (interés procesal) lo ostenta quien desea "poner en práctica la garantía jurisdiccional"; y es este último el que"fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución). Se trata de un interés jurídico, que no persigue la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo, sino otro tipo de bien, en este caso el que se fije el contenido o alcance de un texto legal, lo cual, como interés, coincide con el que tiene alguien, de que no se ejecute en su contra un fallo que nace en un proceso donde originalmente no es parte, y donde la decisión que se dicte no declara la existencia de un derecho a su favor, sino de otro, viéndose favorecido por tal declaratoria. En la acción de interpretación constitucional, se está en presencia de un interés legítimo destinado a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional".

I. El interés legitimador tiene un carácter colectivo. "El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad".

J. Destaca el interés jurídico del solicitante cuando destaca que "quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante".

K. Otorga importancia a la acción popular por actos de inconstitucionalidad. "Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera

jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional".

L. Considera a la acción interpretativa para resolver casos por colisión de leyes "un interés jurídico personal y directo en el accionante diverso al que se exige para proponer la acción de inconstitucionalidad, y es ese interés particular necesario para incoar una acción de interpretación de ley, el que también se requiere para el ejercicio del recurso de interpretación de la Constitución, ya que se trata de acciones declarativas de mera certeza, que tienen en común que no anulan, y que buscan un efecto semejante. En estos casos coincide el interés particular con el interés constitucional".

M. Señala que la acción de interpretación entraña una tutela preventiva. Y su finalidad "*sería* una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y *formaría* un sector de la participación ciudadana, que *podría* hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional *podría* despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión"[26]. (cursivas mías).

N. Destaca que el interés jurídico del solicitante es razón suficiente para solicitar la interpretación de una norma constitucional, y la sentencia que decide este tipo de recurso es de naturaleza mero declarativa.

O. Resalta la potestad exclusiva que tiene la Sala Constitucional y no la Político Administrativa para conocer de la interpretación de normas constitucionales. El recurso de interpretación de textos legales corresponde a la Sala Político Administrativa pero, en este supuesto, solo en los casos previstos en la ley; mientras que en lo que atañe a la interpretación de la Constitución "no requiere de autorización legal previa que lo permita".

P. Considera que el recurso de interpretación está dirigido a la interpretación de la norma o principios constitucionales, cuando no resulten claros; "o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales".

26. Obsérvese la conjugación en condicional o potencial. Se trata de una fundamentación dubitativa. Sobre esto volveré *post* en el texto.

Nutrida de las consideraciones señaladas, la sentencia que se comenta, define las situaciones en las cuales es posible la interpretación. Veamos:

1. Cuando se alegue que la norma constitucional choca con un principio también constitucional. En el supuesto de que existan "normas constitucionales inconstitucionales"[27], no es posible demandar la inconstitucionalidad de una norma constitucional el camino a resolver el problema, es la interpretación.

2. Cuando la Constitución se remite a principios o doctrinas generales. En este caso se requiere precisar el principio o la doctrina a través del recurso de interpretación. También cuando se trata de principios relativos a derechos humanos que, sin aparecer en la Constitución, son objeto de tratados internacionales no convertidos en leyes.

3. Cuando exista un conflicto *endoconstitucional*, es decir, cuando dos normas constitucionales están en conflicto aparente.

4. Las normas emanadas de organismos multiestadales a las cuales se remiten los Tratados y Convenios Internacionales, también pueden ser objetos de interpretación por la Sala.

5. Cuando se trate de cumplir las decisiones que en materia de derechos humanos, dicten los órganos internacionales.

6. También cabe la interpretación ante los "huecos legales" abiertos por el solapamiento entre normas constitucionales y normas del "régimen transitorio".

7. Cuando se trate de normas de la Constitución, que carecen de "desarrollo legislativo", ante lo cual los interesados pueden solicitar la determinación del alcance de esas normas.

8. Cuando se trate de normas constitucionales de contenido ambiguo.

9. Cuando hubiese un conflicto entre la norma constitucional y las facultades del constituyente.

Como se puede observar, las situaciones previstas no guardan vínculo con el control de la constitucionalidad de las leyes para verificar y sancionar

27. La sentencia cita la obra de GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Edit. Civitas, 1994, p. 99.

las violaciones de la constitución. La pérdida de esta competencia es consecuencia de la potestad que se ha auto atribuido la Sala Constitucional para interpretar *in abstracto* y fijar los límites de la interpretación constitucional.

Este fenómeno requiere de una reflexión profunda para evaluar las dificultades teóricas y las consecuencias prácticas que genera esa situación. Mostramos que dentro del Tribunal Supremo de Justicia, se alteró el equilibrio natural de las Salas que lo integran. Ahora bien, ¿para qué? Para que desde su propio ámbito se atiendan los intereses de las instancias, poderes y/o personas que lo demandan. Ante el qué hacer se sugiere que conviene comenzar por tomar muy en cuenta los señalamientos que ha hecho la misma Sala en cuanto a sus "*interpretaciones*", las cuales han sido consideradas vinculantes sin mencionar cuál es el sector de la sentencia que constituye el precedente judicial[28].

La supuesta potestad que tendría la SC para de interpretar *in abstracto* la Constitución está claramente definida en la decisión que se comenta (N° 1077, 22.09.00), la cual, en su parte pertinente, asevera *in verbis* lo siguiente:

> "Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, "*normas constitucionales inconstitucionales*", como nos lo recuerda García de Enterría (ob. Cit. P.99), y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y **alcance de los principios constitucionales** se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía.
>
> Tal interpretación, que puede ser urgente y necesaria, por lo que no es posible la espera de alguna acción para que la Sala se pronuncie, sólo puede pertenecer a esta Sala, máxima y última intérprete de la Constitución.
>
> Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción". (*Sic*).

La opinión de García de Enterría es usada por los magistrados como argumento de autoridad con el propósito de otorgarse potestades para declarar inconstitucional una norma constitucional. Si bien es cierto que la idea es tomada del autor, también es cierto que se hizo uso selectivo de un párrafo de su obra

28. Así ocurrió en la sentencia N° 85 de fecha 24 de enero de 200229, tal como lo veremos *post* en el texto.

de manera literal, es decir, sin tomar en cuenta que lo que hizo García de Enterría fue destacar el valor normativo superior de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano, cuya doctrina fundamentó la instrumentación de la revisión judicial.

Del mismo modo, cuando se analiza el siguiente párrafo se encuentra que el concepto "normas constitucionales inconstitucionales", que utiliza, se refiere a la primacía interpretativa de los principios de la Constitución, pero en ningún caso señala que una Sala Constitucional tiene la potestad de interpretación *in abstracto* la Constitución.

> "El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles "normas constitucionales inconstitucionales" (*verfassungswidrige Verfassungsnormen),* concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.
>
> Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una "enérgica pretensión de validez", en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma".

El análisis de los textos señalados permite mostrar que García de Enterría no dice en su obra que la Sala pueda interpretar *in abstracto* la Constitución y convertirse en una suerte de poder constituyente permanente[29]. Lo que predica es que se debe adaptar la norma constitucional a los principios que inspiran la Constitución.

Por lo tanto, en caso de que surjan dudas en la inteligencia de una norma constitucional, "debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma" y se sostiene la doctrina que *la norma constitucional inconstitucional* puede existir en el orden de los valores pero no ocurre en el plano formal[30]. Para buscar

29. Y en nuestro caso, de un origen de dudosa constitucionalidad.

30. Véase, GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *La Interpretación Constitucional como problema*: En: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, octubre-diciembre 1994, N° 86, p. 31.

esa concordancia hay que tomar en cuenta que en la Constitución, no todas las normas son iguales. Como se sabe hay normas programáticas que requieren de reglamentación, normas más precisas y otras que tienen el carácter de transitorias. Sin embargo, es posible encontrar dentro de ese universo de normas, a dos de ellas que recojan valores encontrados; y cuando ello ocurra, el intérprete constitucional tendrá que ponderar los valores a través del ejercicio de la argumentación.

En consecuencia, la acción de privilegiar unos valores sobre otros para solucionar casos de colisión de normas, sólo es posible con la argumentación. Como muestra puede señalarse que en caso de que se encuentren normas que consagren los derechos humanos, y otras normas que acojan un valor de corte autoritario se debe privilegiar aquella que beneficia los derechos humanos de los ciudadanos. Pero a veces sucede lo contrario, tal como aconteció en la sentencia número 1942 de fecha 15.07.03 (caso: *censura previa*).

Al redactar una sentencia, el juez juega un papel fundamental no sólo como agente expresivo de una opinión sino como actor importante del proceso judicial. Para garantizar la actuación independiente de los jueces se debe buscar, a su vez, la designación del juez constitucional. Una designación viciada compromete la imparcialidad del juez constitucional y el requisito de *autoritas* que debe ser la impronta de la justicia constitucional.

IV. LAS "DOCTRINAS VINCULANTES" CONTRADICTORIAS ¿QUÉ HACER?

Cuando el juez se encuentra ante dos doctrinas "vinculantes", debe decidir cuál de ellas es la que debe aplicar. Así ocurrió en la sentencia número 1542 de fecha 11.06.03[31] que decidió una solicitud de revisión en la cual los solicitantes invocaron que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa habría infringido la doctrina vinculante de la Sala Constitucional establecida en la sentencia número 2.458 de fecha 28.11.01 (*caso: Aeroexpresos Ejecutivos C.A.)*. Esta decisión prohibió la acumulación, en sede laboral, de pretensiones que dependieran de diferente causa por entender que ello infringe el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil así como los artículos 26, 49 y 253, primer aparte, de la Constitución de 1999.

El caso antes señalado, consistía en escoger entre dos doctrinas "vinculantes" de la Sala Constitucional. La primera es la sentencia número

31. Caso: Municipio Pedraza del Estado Barinas, bajo ponencia del Magistrado J.M. Delgado O.

708 de fecha 10.05.2001[32], y la segunda es la sentencia número 2458 de fecha 28.11.2001[33].

Estas doctrinas "vinculantes" contradictorias, señalan dos reglas distintas en relación con la posibilidad de acumular pretensiones. Así, la sentencia número 708 del 10.05.01, con "carácter vinculante" permite la posibilidad de acumular distintas acciones contra un mismo patrono; y la segunda decisión de fecha 28.11.01 no permite dicha acumulación. Y se entiende que ambas tienen "carácter vinculante".

Ante esta situación contradictoria, la misma Sala tomó nuevamente partido en esta delicada materia, y en sentencia número 1542 del 6.06.03 aseveró lo siguiente:

> "Precisado lo anterior, observa la Sala que en el presente caso los apoderados judiciales del Municipio Pedraza del Estado Barinas afirman que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo debió examinar como Tribunal de Alzada, con base en lo dispuesto por el articulo 87 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes aplicó correctamente la sentencia de la Sala Constitucional n° 708/2001, del 10.05, *caso: Jesús Montes de Oca Escalona y otros*, en la oportunidad de desestimar el alegato de inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones formulado por el Municipio querellado, y si en vez de aplicar el contenido de dicho fallo a la controversia, debió aplicar el contenido de la sentencia de esta misma Sala n° 2.458/2001, del 28.11, *caso: Aeroexpresos Ejecutivos C.A.*, **pues mientras la primera de las sentencias mencionadas sólo puede aplicarse a causas en las que varios funcionarios públicos impugnen un solo acto administrativo que lesione sus derechos e intereses, la segunda de dichas decisiones es aplicable a todas aquellas causas en las que varios funcionarios públicos impugnen varios actos administrativos, lesivos de sus derechos e intereses funcionariales.**
>
> ...Omissis...
>
> **De acuerdo con el contenido de los fallos parcialmente citados, es evidente que la doctrina vinculante contenida en la primera de dichas**

32. Caso: *Jesús Montes de Oca*, bajo ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera.

33. Caso: *Aeroexpresos Ejecutivos*, bajo ponencia del Magistrado Pedro Rondón H. Estas dos decisiones contradictorias (n° 708 y 2458) decidieron acciones de amparo; mientras que la decisión que tuvo que escoger entre las doctrinas contradictorias (número 1542 del 11.06.03) decidió una solicitud de revisión.

sentencias (n° 708/2001, del 10.05), sólo resulta aplicable, como bien sostiene en su petición de revisión constitucional la representación judicial del Municipio Pedraza del Estado Barinas, a aquellos procedimientos contencioso-funcionariales en los que varios funcionarios públicos impugnen de forma conjunta un mismo acto administrativo de remoción, de retiro o de destitución de sus cargos que sirva de fundamento para actuaciones de la Administración lesivas de sus derechos e intereses personales, legítimos y directos, por existir en tales casos identidad de título o causa y ser, por tanto, admisible conforme al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio activo, mientras que la segunda de las decisiones citadas (n° 2.458/ 2001, del 28.11), resultaría aplicable a todos los procedimientos contencioso-funcionariales en los que varios funcionarios públicos impugnen de forma conjunta varios actos administrativos de remoción, de retiro o de destitución de sus cargos, por no existir en tales casos identidad de título o causa y no ser, en consecuencia, admisible de acuerdo al mismo artículo 146 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio activo en tales causas.

Siendo así las cosas, esta Sala Constitucional, luego de constatar que en el presente caso las ciudadanas Elsa Betty Silva Tibaduiza y María Leónides García Becerra mantenían relaciones de empleo público individuales con la Alcaldía del Municipio Pedraza del Estado Barinas, que éstas fueron separadas de sus cargos no por causa de un solo acto administrativo, sino mediante dos actos administrativos individuales contenidos en las Resoluciones números 067 y 061 emanadas del Alcalde del referido Municipio, considera que el alegato de inepta acumulación formulado en la presente causa no debió resolverse mediante la aplicación de la doctrina vinculante establecida por la Sala en su decisión n° 708/ 2001, del 10.05, *caso: Jesús Montes de Oca Escalona y otros*, como erróneamente lo sostuvieron el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo al confirmar el fallo proferido por aquél el 8 de febrero de 2002, sino que el mismo debió ser acogido o desestimado atendiendo a la interpretación vinculante contenida en la decisión de esta Sala n° 2.458/ 2001, del 28 de noviembre, *caso: Aeroexpresos Ejecutivos C.A.*, pues fueron más de una funcionaria pública las que impugnaron diferentes actos administrativos emanados del Alcalde del Municipio Pedraza del Estado Barinas, por medio de los cuales se puso fin a las relaciones de empleo público que las impugnantes mantenían en forma individual con el referido Municipio". (destacados míos)

La decisión copiada distingue entre el destino que tenga la acumulación, es decir, si va dirigida contra un solo acto administrativo o contra varios. En el

primer caso, cabe la acumulación y se aplica la sentencia 708 (10.05.01). En el segundo caso, no cabe la acumulación y se aplica la decisión N° 2458 (28.11.01).

Esta contradicción podría salvarse si se apela a lo señalado anteriormente, es decir, a los criterios aplicados por las doctrinas maximalista y la minimalista. Si se entiende que cada una de estas decisiones, resuelven un caso *to the point,* la doctrina vinculante se aplicaría solo a otro caso idéntico. En todo caso, la interpretación del artículo 146 del CPC no es materia que compete a la Sala Constitucional, pues ello es asunto que debe ser decidido por las otras Salas del TSJ.

La situación de conflictividad generada es una muestra de lo que ocurre cuando la Sala se extralimita en sus competencias. Si se analiza con detenimiento, se encuentra que el embrollo aumentó cuando la SC tomó partido por la sentencia "vinculante" número 2458, del 28.11.2001 (caso: *Aeroexpresos Ejecutivos*), amparado en el sutil argumento de que esta última alude a *"varios actos administrativos, lesivos de sus derechos e intereses funcionariales"*. En definitiva, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) quedó atrapada entre los criterios sostenidos por la Sala Constitucional y cuando fueron aplicados, (recogidos en la sentencia N° 2458) le anulan una decisión y, posteriormente, cuando aplica esta tesis, también le anulan su decisión.

Este tipo de situaciones podrían evitarse si se llegara a aceptar que la SC debe limitarse a la interpretación de normas y principios constitucionales. De esa manera, entendería que es asunto de otras Salas la interpretación de normas de otro rango. La competencia de la SC para interpretar normas o principios constitucionales, según el modelo de la experiencia norteamericana, podría ser susceptible de aplicación basado en una estrategia diseñada para aplicar la visión maximalista o minimalista, según la materia, importancia y complejidad del asunto a decidir.

En el sentido señalado, la SC podría aplicar la visión maximalista para atender asuntos generales para la definición del debido proceso, libertad de expresión y otros semejantes. Cuando decide sobre asuntos políticos sensibles a la opinión pública, debería ser prudente y aplicar la visión minimalista. El asunto del litisconsorcio es un tema procesal que escapa a las atribuciones de la SC, pero si se admite que la SC puede decidir este tipo de materia cuando se relacione con la interpretación de una norma constitucional, entonces habría que pensar en la visión minimalista.

Semejante embrollo nace de la consideración de "carácter vinculante" aún en aquellos casos en los cuales se trate de la "interpretación" de una

norma de derecho adjetivo. Al hacerlo de esa manera, no se repara que el precedente judicial solo es vinculante cuando: (i) se trate de interpretación de una norma o principio constitucional, (ii) y cuando se aplica a otro caso en el cual hay total identidad en los hechos (cuando se escoge la visión minimalista).

Conviene advertir que la antes referida sentencia número 1542 del 6.06.03 distingue entre impugnaciones contra uno o varios actos administrativos, distinción que no hizo la sentencia número 708 del 10.05.03 cuando permitió la acumulación de acciones contra un mismo patrono. Sin embargo, este asunto queda zanjado con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuyo artículo 49 autoriza la acumulación de pretensiones contra un mismo patrono, la Sala Social en sentencia número 498 del 26.09.02 ha postulado que la sentencia número 2458 del 28.11.01 no tiene carácter vinculante, por cuanto "la inobservancia del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil no constituye una violación del orden constitucional, sino de carácter normativo adjetivo"[34]. En efecto, acierta la SS en su decisión puesto que la posible infracción del artículo 146 del CPC no involucra un tema de interpretación constitucional. Luego las sentencias de la SC que pretenden interpretar esa norma procesal, no tienen valor de precedente constitucional.

La Sala Social tiene razón en su declaración puesto que la sentencia número 2548 del 28.11.01 declaró que ella tenía carácter "vinculante", aunque lo hizo sin precisar en qué consistiría dicho carácter "vinculante". Como se ha insistido, el carácter vinculante viene ubicado en el denominado *holding* (*stare decisis*), siempre y cuando se trate de la interpretación de una norma o principio constitucional y que en el haya identidad fáctica entre los casos.

No puede pasar inadvertida una declaración de la sentencia de fecha 05.01.2000 (caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*) que copia la comentada decisión número 2548 en la cual la Sala proclamó lo que copio a continuación:

> "... la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que

34. Sentencia número 498 del 26.09.02.

toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, pueda que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.

Así pues, es vinculante, tanto la sola determinación del contenido y alcance de una norma constitucional que resulte obscura o contradictoria, como aquella interpretación de la Constitución que realice esta Sala, relativa, como hubo de afirmarse en líneas anteriores, a un caso concreto en que se hubiera examinado una determinada situación jurídica, y de cuyo examen hubiera resultado un modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional. Interpretar la Constitución también es, pues, hacer valer sus preceptos en el caso concreto. La vinculación que se sigue en el segundo de los supuestos referidos, arropará sólo a casos similares a los resueltos conforme a la doctrina vinculante". (Cfr. s.S.C. nº 1860 de 05.01.00, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*).

La ambigüedad presente en la declaración anterior, no resuelve el asunto y la Sala Constitucional no se ha ocupado de dar las explicaciones sobre el significado el principio de *stare decisis*. Ante la incertidumbre, es deseable que la SC delimite el sentido del principio de *stare decisis* y aclare lo que quiere decir "carácter vinculante", lo cual debe hacerse con sentido de largo alcance y no caer en la tentación de dejar abierta esta compuerta para así aumentar el poder jurídico de esa Sala.

V. EL CONFLICTO ENTRE SALAS

La sentencia número 1930 de fecha 14.07.03 (caso: *Plinio Musso Jiménez*) la SC anuló una decisión de la Sala Social de fecha 3 de mayo de 2000. Esta decisión resolvió la solicitud de revisión propuesta en fecha 2 de julio de 2002, es decir, después de haber transcurrido un lapso superior a los tres años contados a partir del día de la decisión de la Sala Social y la fecha en la cual la Sala Constitucional anuló una sentencia de la Sala Social. La sentencia de la SC (N° 1930) contradice la decisión número 1555 de fecha 11.06.03, que decidió el mismo punto de manera diametralmente opuesta.

Según la doctrina establecida por la Sala Social en su sentencia de fecha 15 de marzo de 2000[35], es posible invertir el orden del recurso, doctrina que ha sido ratificada en varias oportunidades, entre otras, en fecha 5 de diciembre de 2002[36].

35. Sentencia N° 49.

36. Sentencia N° 662.

El criterio utilizado, permite la eliminación de la casación de forma cuando el vicio alegado no tenga ninguna trascendencia sobre la suerte del asunto debatido. Ello significa que no es posible buscar la nulidad por la nulidad misma sino que hay que procurar que el vicio que se plantea posea entidad para que impida "resolver la controversia con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficiente garantía para las partes". Amparados en el razonamiento de la mencionada sentencia número 49 del día 15 de marzo de 2000, la Sala de Casación Social ha desaplicado en varias oportunidades el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil[37].

El pasaje copiado predica la tesis que privilegia el fondo sobre la forma, objetivo nuclear dentro del sistema de administración de justicia. Ahora bien, para lograrlo se puede llegar a decidir el recurso de fondo sin atender el de forma, en situaciones en que el formalizante plantea denuncias de forma y, al mismo tiempo, alega vicios de forma. De ser aceptada la tesis según la cual un fallo no padece de vicios de forma cuando el recurrente puede abordar el fondo, entonces no habrá necesidad de decidir las denuncias por defectos de actividad[38], por cuanto éstas se pueden desechar en bloque en un solo párrafo[39].

Cuando se analizan los recursos de casación, es frecuente observar que, más de las veces, dichos recursos plantean denuncias de forma y, al mismo tiempo, se aleguen errores de juzgamiento. Del análisis se desprende que, primero se usa un alegato de inmotivación, y luego, haciendo uso de la misma argumentación, se invoca un error de juzgamiento. Mediante la aplicación de tan viciosa y arraigada costumbre, se pretende obtener una casación de forma que suele ser el soporte de una casación inútil.

Para corregir ese modo habitual de obrar, se requiere una doctrina consistente y suficiente capaz de desechar el recurso de forma -salvo que hubiese denuncias de indefensión- y de decidir únicamente el recurso de fondo. De esa manera, los litigantes se remitirían a plantear denuncias de forma, sólo cuando las mismas sean consideradas trascendentes. Además de lo señalado, se debe prestar atención a cada caso particular y concreto, para poder definir cuándo el vicio invocado es determinante y cuándo no lo es.

La propuesta trae consigo un cambio de paradigma, sobretodo para quienes entienden que la casación de forma no debe conectarse con el fondo y consideran irrelevante que el vicio sea o no trascendente. Nada de esto fue tomado en cuenta por la SC en la referida decisión N° 1930 de fecha 14.07.03.

---

37. Así lo hizo el 17 de mayo de 2000 (N° 116).

38. Con las situaciones excepcionales señaladas *ante*.

39. Esta tesis puede ser aplicada por la Sala Civil, ya que la Social se rige por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como veremos *post*.

En cuanto a la adjetivación, hay que tomar en cuenta lo señalado por la Constitución, es decir, la prédica que se le hace a la administración de justicia: "expedita, sin reposiciones indebidas" (artículo 26 de la Constitución) y que "no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales" (artículo 257 de la Constitución). Queda claro así, que no se puede privilegiar lo adjetivo sobre lo sustantivo, así como también debe suprimirse el burocrático hábito de declarar con lugar denuncias de forma intrascendentes, si se desea acatar el mandato constitucional.

A ello puede añadirse lo que enseña el sentido común, es decir, que si hay denuncias de fondo es porque el justiciable conoce la manera cómo el juez abordó el fondo de la controversia. Esto es, si el recurrente plantea denuncias de fondo es porque el fallo no padece de errores de actividad; y de haberlos, éstos serían periféricos e intrascendentes y, por lo tanto, no justifican la casación porque ésta sería inútil.

Además, en un sistema jurídico que atiende al principio finalista y a una justicia administrada sin formalismos inútiles, no es posible que se alegue la existencia de falta de motivación y, de inmediato, hacer uso de la misma argumentación, para invocar un error de juzgamiento sobre un mismo punto. Y esto es así porque; si el fallo es inmotivado en un aspecto, no puede haber al mismo tiempo error de juzgamiento; y al revés, si se alega un vicio de fondo en relación con un punto, es porque no hay inmotivación respecto a ese específico sector de la sentencia[40]. Cuando se trata de casos donde están presentes la incongruencia, la indeterminación y la contradicción en el dispositivo (y demás vicios de la sentencia), la situación es diferente y, por lo tanto, dichos vicios deben ser abordardados de manera casuística[41]. Lo mismo acontece con la contradicción y con la incongruencia. Si se trata de una contradicción en el dispositivo, pero del fallo se pueden extraer elementos que permitan subsanar

40. En este orden de ideas, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) dispone que la sentencia debe contener "los motivos de hecho y de derecho" (articulo 158); y ello significa que debe atender el requisito de la motivación, pese a que, en el artículo 160, al señalar los vicios que anulan la sentencia laboral, no incluye la falta de motivación. Aún cuando en esta norma no haya sido incluida, en el 167, consagra la falta de motivación como tercer motivo de la casación laboral. De esa manera queda demostrado que se consideró lo que es una realidad: la motivación es un principio que integra el concepto del debido proceso.

41. En principio, estos vicios pueden corregirse por medio de una ampliación y esa sería una manera de hacer más sencilla la tramitación del recurso de casación. Ahora bien, si luego de proferida la ampliación, el vicio se mantiene, es posible plantearlo sólo si es trascendente. Por ejemplo, si la indeterminación es sobre la identificación de los linderos de un fundo, sí es necesario el reenvío para corregir el vicio. Pero si la indeterminación es sobre un aspecto superfluo, como la falta de identificación de un lindero de un apartamento, y el mismo se puede conocer del cuerpo de la sentencia, entonces no habrá necesidad de casar el fallo.

la contradicción, la misma no puede justificar una casación. Además, en este caso se podrá aplicar la casación de oficio y prescindir del reenvío, para evitar la casación múltiple.

Esto significa que no debe haber casación si se trata de una incongruencia sobre un alegato intrascendente y sólo será necesario, cuando la omisión de pronunciamiento sea de tal entidad que impida conocer el fondo de la controversia. Esto último siempre sucede en relación con los alegatos superfluos; lo contrario ocurriría cuando el sentenciador se pronuncia sobre un aspecto determinante del asunto debatido.

En materia laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece un orden que se inspira en las referidas doctrinas de la Sala Social. Y todo esto se quedó en la vera del camino, gracias a la peculiar manera de argumentar de la SC.

En esa decisión se relacionó la casación de forma con el principio finalista; lo cual permitió concluir que no habrá casación si una sentencia padece de vicios de forma pero permite alcanzar el fin.

Lo anterior constituye, en resumen, los fundamentos por los cuales la Sala Social invierte el orden del recurso. Este asunto no había ofrecido resistencia de parte de la Sala Constitucional. Incluso su jurisprudencia al respecto había transitado sin obstáculos durante tres años, al punto que en su sentencia número 1555 de fecha 11.06.03 (caso: *Juvenal Aray y otros*), estableció su criterio cuando aseveró que la inversión del orden del recurso, en obsequio del principio finalista, no entraña infracción de una norma o principio constitucional "o de algún criterio vinculante de esta Sala Constitucional, pues la sentencia objeto de revisión resolvió razonadamente las distintas denuncias formuladas en el recurso de casación (inclusive las fundadas en supuestos defectos de forma, en el último aparte del fallo)".

No obstante a ello, de manera sorpresiva la sentencia número 1930 del 14.07.03 (caso: *Plinio Musso Jiménez*) sin hacer referencia a la jurisprudencia de la Sala ("doctrina vinculante") en un vuelta de ciento ochenta grados, sostiene que la inversión del orden del recurso que realiza la Sala Social desde su sentencia número 49 del 15.03.00 es inconstitucional porque violaría los artículos 26 y 257 de la Constitución[42]. Lo expone de la manera siguiente:

42. Estas normas se han convertido en el resorte bajo cuya utilización se pretende justificar la ingerencia de la Sala Constitucional en asuntos que no entrañan interpretación de normas o principios constitucionales.

"De manera que, lo que debe revisar el tribunal de casación es si los defectos de forma que están planteados configuran incumplimiento de formalidades esenciales o alguna inobservancia de los principios que rigen el debido proceso, para lo cual debe resolver cada uno de los motivos de casación de forma, antes de decidir sobre los vicios de casación de fondo.

Es así como a juicio de esta Sala que, el artículo 257 de la Constitución obliga constitucionalmente y le da pie de apoyo al artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, cuando obliga primero a considerar los motivos de casación de forma y, tras declarar que no existen infracciones con respecto a éstos, entrar a considerar los motivos de casación de fondo. Por lo que no considera esta Sala que exista colisión entre los referidos artículos y en tal sentido la Sala de Casación Social realizó una interpretación errónea del texto constitucional.

Sin embargo, en el caso bajo examen la Sala de Casación Social no resolvió los motivos de casación de forma, para entrar directamente a conocer los motivos de casación de fondo, con lo cual violentó el artículo 257 constitucional, ya que la legitimidad de las partes configura una formalidad esencial del proceso, de lo contrario se pondría en juego la seguridad jurídica, al interponerse acciones entre cualesquiera partes, incluso entre las que no se afirman titulares del derecho reclamado".

El fundamento de esta sentencia número 1930 es erróneo. La afirmación se basa en que la Sala Social ha considerado la inversión del recurso para asuntos referidos a los vicios de la sentencia. En los casos de indefensión, no hay inversión, porque el efecto de una denuncia de violación al debido proceso involucra una reposición; en cambio, la nulidad de la sentencia tiene como efecto, el reenvío. Por eso, la SC no hace esa importante distinción y sostiene que no es posible invertir el orden del recurso porque la Sala Social habría dejado de pronunciarse sobre un alegato. Si esto fuese cierto, entonces estaríamos ante el vicio de incongruencia, que tiene como efecto la nulidad de la sentencia y el reenvío; mientras, que el razonamiento de la Sala Constitucional se refiere a un supuesto de violación al debido proceso. Veamos cómo razona la SC en su referida decisión número 1930:

"Esta Sala observa que, en el presente caso la parte recurrente negó su condición de demandado y alegó en todas las instancias del proceso la falta de legitimidad tanto de la parte actora como de ella, como parte demandada; ya que mal podía ser Plinio Musso padre de la accionante, si legalmente, su padre era otra persona, cuyo reconocimiento seguía siendo válido. Siendo así, mal podría Delia del Carmen Chirinos afirmarse hija de Plinio Musso y poder hacer declaraciones de derecho en su

contra, si legítimamente aparecía como hija de Antonio Chirinos, a quien no se le impugna tal condición, por lo que la Sala de Casación Social, al no pronunciarse en su sentencia, en relación a dichos alegatos lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución".

El error de la Sala Constitucional sube de tono, pues la Sala Social en la sentencia de fecha 3 de mayo de 2000 sí decidió el alegato que, según la Sala Constitucional, no fue examinado. Lo curioso del asunto es que la decisión de la Sala Social ("anulada" por la Constitucional) resolvió la cuestión de la legitimación *ad causam* en su correcta calificación de infracción de ley, lo cual no fue (ni pudo ser) planteado en el recurso de forma al respecto.

En efecto, la "anulada" sentencia de la Sala Social objeto de examen"[43] decidió el asunto de la legitimación de acuerdo con dos razones: (i) que la actora sí tenía cualidad para proponer la demanda de acuerdo con las razones copiadas en el párrafo que antecede; (ii) que opera una presunción contra el demandado "por no someterse a las pruebas de exámenes y experticias hematológicas y heredo-biológicas previstas en el artículo 210 del Código Civil" y que ello sí puede desvirtuar el efecto de los documentos públicos. Esto independientemente de que haya o no acertado la Sala Social, no es materia de interpretación de la Sala Constitucional porque no se trata de interpretación de normas o principios constitucionales. Por eso, la decisión de la SC (N° 1930, 14.07.03) es inútil, porque si en verdad "anuló" la decisión de la Sala Social, ésta, al decidir nuevamente, tendría que llegar a la misma conclusión.

VI. LIMITES DEL CARÁCTER VINCULANTE

La delimitación del sector de la sentencia constitucional que tiene carácter vinculante requiere de algunas precisiones. Con este propósito se utilizan dos ejemplos, ambos referidos a las limitaciones impuestas por la Sala Constitucional a la libertad de expresión. Son ellos la sentencia número 1013 de fecha 12.06.01 (caso: *Elias Santana y Asociación Civil Queremos Elegir*) y la sentencia número 1942 del 15.07.03 (caso: *censura previa*).

En el primer ejemplo, (caso: Elias Santana) a la Sala Constitucional se le somete una acción de amparo por cuanto el señor Elias Santana en su propio nombre y a nombre de la Asociación Civil Queremos Elegir, solicita el derecho de réplica para contestar al Presidente de la República lo que consideró unas ofensas proferidas en el programa *Aló Presidente.*

43. Véase decisión en www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/93-030500-98012.htm.

Posteriormente la decisión que se comenta (número 1013) asevera que va a interpretar los artículos 57 y 58 de la Constitución y que la interpretación será vinculante. En otras palabras, la decisión tenía que centrarse a lo que constituía su *thema decidendum* y la motivación dirigida a servir de soporte del tema a decidir, es lo que tiene carácter vinculante. Sin embargo no se hizo así. Nuestra Sala Constitucional en uso y en ejercicio de una voracidad inédita en la historia del derecho comparado, interpretó que toda la motivación es vinculante, llegando incluso a atribuirle tal carácter a las motivaciones marginales o innecesarias.

Ante la ausencia de razones argumentativas, en la sentencia número 1013, (caso: *Elías Santana*), la Sala apeló al uso de un lenguaje indefinido, vago y lleno de ambigüedad, tal y como se puede observar en el párrafo que se anota a continuación:

> "Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado".

Tan ambiguas frases y el uso de la expresión "etc" parecieran tener la intención de dejar abierta la posibilidad de agregar sobrentendidos y/o de mostrar que lo que no se mencionó, no fue considerado importante. Ante tanta imprecisión, cabe preguntarse: ¿Es posible que un pasaje tan general, ambiguo y cargado de ideas marginales, sirva para mostrar que la sentencia tiene carácter vinculante? Sin duda, el caso que se comenta sirve para mostrar que la SC usa la especulación marginal, como argumento de sus decisiones, acción que les permite que, una vez que sometan a su decisión un punto concreto, puedan juzgar sobre aspectos marginales del *thema decidendum*.

Otro ejemplo de lo señalado lo constituye la decisión número 1942 de fecha 15.07.03 (caso: *censura previa*). En este caso se plantea una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal y luego de hacer uso de especulaciones marginales, la Sala dicta con carácter "vinculante" una serie de micro decisiones que nada tienen que hacer con lo que constituye el tema a decidir.

En efecto, la Sala sostiene lo siguiente:

"Se trata no sólo de la protección de las personas en sus valores básicos (honor, reputación, dignidad), sino en la del servicio, a fin que éste no sufra interrupciones debido a estos actos, y siendo el artículo 446, el cual tipifica el delito de injuria, una norma en criterio de esta Sala, ajustada a la vigente Constitución y al Convenio Internacional denunciado, el artículo 447, que protege al funcionario en razón del servicio, de las injurias, es una norma también adecuada a la Constitución, que no infringe los artículos 57 y 58 constitucionales, y así se declara.

Observa la Sala en el accionante una gran preocupación porque las normas que impugna relativas a los funcionarios públicos no protegen a otras funciones públicas, que están expuestas al debate público; y que resulta *"amedrentar a los medios y demás expositores"* requerir la prueba de la verdad para las expresiones dirigidas contra estas personas.

Apunta la Sala, que el artículo 58 constitucional, al menos en lo referente a la información que se comunica, otorga el derecho a las personas que la reciben, a obtener información **veraz**, por lo que mal puede ser una exigencia inconstitucional, el requerir la prueba de la verdad y considerarla insuficiente para el respeto de la libertad de expresión en los asuntos públicos.

Un resultado de la necesidad de la información veraz puede considerarse el artículo 290 del Código Orgánico Procesal Penal, que genera responsabilidades para quien impute públicamente un hecho cuya investigación no concluye algún resultado".

Si se analizan los párrafos anteriores, se observa claramente que la tesis que se emplea se hace con el fin de decidir que a los funcionarios públicos no se les pueden formular críticas severas que pueden poner en entredicho su honor. Esto quiere decir, *tout court*, que se impone una limitante al ejercicio de la libertad de expresión, lo cual, en verdad, es una acto que impide el ejercicio de la libertad de expresión. El asunto no representaría dudas si no fuese por la circunstancia en que se debate el asunto político en la actualidad y en el cual el Presidente de la República hace uso de su programa "Aló Presidente" para ofender a troche y moche a sus opositores políticos. Esta decisión junto con la número 1013 (caso: *Elias Santana*) constituyen un modo de interpretación constitucional, motivado por la necesidad política de limitar el ejercicio de las libertades ciudadanas. Por ello, tales fundamentos no pueden constituirse en un precedente judicial "vinculante". Una Sala integrada por Magistrados con "legitimidad de origen", es decir, cuando sean

designados de acuerdo con las reglas constitucionales, entonces tendrán que dejar de lado las dos peculiares decisiones mencionadas.

VII. REFLEXIÓN ADICIONAL

Cuando se descubren que los órganos jurisdiccionales, aplican la legislación para alterar el equilibrio de poderes y de atribuciones consideradas tradicionales dentro del sistema jurídico venezolano, se constata que las acciones de carácter externo, deciden y ejercen presión para crear y elaborar "doctrinas vinculantes", de manera muy particular. El hecho de que en la práctica la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tome en consideración las presiones provenientes del poder político, quiere decir que la realidad registra la impresivilidad e inseguridad de las decisiones constitucionales.

Los factores más representativos de la incertidumbre crean una relación original entre la jerarquía de las fuentes que crean derecho y las formas como éstas deben funcionar. En cuanto a la jerarquía de las fuentes, se parte del hecho de que el sistema jurídico venezolano tiene un documento constitucional fraseado de manera ambigua. De esa manera, algunas normas y principios constitucionales llegan a asumir significados diferentes de acuerdo con los intereses de los "interpretes". Todo esto ha contribuido a fortalecer y potenciar el proceso de "constitucionalización de la política", etapa superior a la politización de la justicia.

Como se pudo observar, las situaciones previstas en las sentencias emanadas de la SC, no guardan relación con el control de la constitucionalidad de las leyes ni verificar las violaciones constitucionales; y lo que es más grave, la pérdida de esa competencia es consecuencia de la potestad que se autoatribuyó dicha sala, para interpretar *in abstracto* la Constitución.

Con las excepciones normalizadas por la SC, las reglas y los principios se manipulan para responder a intereses políticos determinados. En este juego de manipulaciones se usa y abusa del argumento de autoridad. Como muestra de lo señalado se puede recordar al examinar la sentencia No.1077, de 22.09.2000, se demostró que se invocó a la autoridad del jurista español, García de Enterría para producir su decisión, sin tener en cuenta el contexto dentro del cual el mencionado autor consignó su opinión. Dicha sentencia sirve para mostrar también que algunas de las decisiones tomadas por la SC envían sus mensajes "gramaticales" sin señalar las reglas normativas y los principios que las sustentan. Mucho menos se han fijado los límites del carácter vinculante de esas decisiones.

Por consiguiente, se está ante una novedosa forma de crear derecho y si éste está constituido de reglas escritas y principios, se observa que en el ambiente jurídico venezolano del momento existe un desencuentro entre los valores y las "doctrinas vinculantes" de la SC. Todo esto ha creado un ambiente constitucional de inestabilidad y alta tensión. Por eso resulta conveniente acometer la tarea de precisar con prudencia los límites de la sentencia constitucional, teniendo en cuenta las palabras de Alexander Bickel que se citan en el epígrafe de este trabajo.

CIUDADANOS Y CIUDADANAS
(De los límites de la originalidad)

POR EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETON

INTRODUCCIÓN

Es una tradición constitucional venezolana referirse oficialmente a las personas con la expresión "ciudadano", ya sea en forma escrita o verbal. Dicha tradición se remonta a la Constitución de 1811. En tal sentido, el artículo 226 de esa Constitución establecía: "Nadie tendrá en la Confederación de Venezuela otro título ni tratamiento público que el de *ciudadano*, única denominación de todos los hombres libres que componen la Nación, pero a las Cámaras representativas, al Poder Ejecutivo y a la Suprema Corte de Justicia se dará por todos los ciudadanos el mismo tratamiento con la adición de *honorable* para las primeras, *respetable* para el segundo y *recto* para la tercera". La orientación revolucionaria y los valores igualitarios que inspiraron dicha Constitución, particularmente las ideas de la Revolución Francesa y de la Revolución Norteamericana, justifican de sobra tal formulación. Prueba de lo anterior la hallamos en otras disposiciones de la misma Constitución de 1811.[1]

1. El texto de las Constituciones venezolanas dictadas entre 1811 y 1961 puede consultarse en Luis Mariñas Otero, Las Constituciones de Venezuela, Madrid, Ediciones Cultura Hispana (1965) y en Las Constituciones de Venezuela. Estudio preliminar de Allan R. Brewer-Carías, San Cristóbal: Ediciones de la Universidad Católica del Táchira, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales (1985). Constitución de 1811, artículo 147. Todos los ciudadanos tienen derecho indistintamente a los empleos públicos del modo, en las formas y con las condiciones prescritas por la ley, no siendo aquellos la propiedad exclusiva de alguna clase de hombres en particular, y ningún hombre, Corporación o Asociación de hombres tendrá otro título para obtener ventajas y

Desde la Constitución de 1864 (artículo 14.15.3) y hasta la de 1909 (artículo 23.15.3), inclusive, la previsión constitucional establecía que "No se dará otro tratamiento oficial a los empleados y corporaciones que el de *Ciudadano* y *Usted*." A partir de la Constitución de 1914 se impone la fórmula oficial de "Ciudadano" pero solo para los venezolanos (artículo 22.15.3). Con la Constitución de 1945 es que el trato de "Ciudadano" se extiende a todos los habitantes de la Nación (artículo 46.d). La Constitución de 30.12.1999, en un alarde de igualdad de los sexos, también admite y establece el término "ciudadana", a los fines del trato oficial, para indicar el género femenino del ciudadano (artículo 21.3).

---

consideraciones particulares distintas de las de los otros en la opción a los empleos que forman una carrera pública, sino el que proviene de los servicios hechos al Estado.

Artículo 148. No siendo estos títulos ni servicios en manera alguna hereditarios por la naturaleza, ni transmisibles a los hijos, descendientes u otras relaciones de sangre, la idea de un hombre nacido magistrado, legislador, juez, militar o empleado de cualquier suerte es absurda y contraria a la naturaleza.

Artículo 154. La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento ni herencia de poderes.

Artículo 169. Todos los extranjeros, de cualquier nación que sean, se recibirán en el Estado. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que las de los demás ciudadanos, siempre que respeten la Religión Católica, única del país, y que reconozcan la independencia de estos pueblos, su soberanía y las autoridades constituidas por la voluntad general de sus habitantes.

Artículo 200. Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado *indios* no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución, y como las bases del sistema de Gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casas de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la íntima unión que tienen con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y los derechos de que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por este medio sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres, prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna, y permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales.

Por otra parte, tradicionalmente la expresión ciudadano ha estado íntimamente vinculada a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos. Dichos derechos, igualmente según la tradición venezolana, han estado reservados a los venezolanos. Así, desde la Constitución de 1811 ha sido común la utilización de la expresión ciudadano. No obstante, en ciertos casos la expresión ciudadano implicaba referencia a la nacionalidad venezolana de la persona.[2] La Constitución de 1819 ya incluía una expresa regulación acerca de los "ciudadanos". A tal efecto, distinguía entre ciudadanos activos y pasivos (Título 3°, Sección Primera, artículo 1°). En ambos casos la vinculación con la titularidad y ejercicio de los derechos políticos era manifiesta.[3] A la vez, no regulaba la

2. Artículo 15. Nadie podrá ser elegido antes de la edad de veinticinco años, si no ha sido por cinco, inmediatamente antes de la elección, ciudadano de la Confederación de Venezuela y si no goza en ella de una propiedad de cualquier clase.

   Artículo 26. Todo hombre tendrá derecho de sufragio en las Congregaciones Parroquiales, si a esta calidad añade la de ser ciudadano de Venezuela, residente en la Parroquia o Pueblo donde sufraga; si fuera mayor de veintiún años, siendo soltero, o menor siendo casado, y velado, y si poseyere un caudal libre del valor de seiscientos pesos en las Capitales de Providencia, siendo soltero, y de cuatrocientos, siendo casado, aunque pertenezcan a la mujer, o de cuatrocientos en las demás poblaciones en el primer caso, y doscientos en el segundo, o si fuere propietario o arrendador de tierras para sementeras o ganado con tal que sus productos sean los asignados para los respectivos casos de soltero o casado.

   Artículo 49. Para ser Senador ha de tener el elegido treinta años de edad, diez años de ciudadano avecinado en el territorio de Venezuela inmediatamente antes de la elección con las excepciones comprendidas en el párrafo dieciséis, y ha de gozar en él una propiedad de seis mil pesos.

   Artículo 222. Mientras el Congreso no determinare una fórmula permanente de naturalización para los extranjeros, adquirirán éstos el derecho de ciudadanos y aptitud para votar, elegir y tomar asiento en la Representación nacional si, habiendo declarado su intención de establecerse en el país ante una Municipalidad, héchose inscribir en el Registro civil de ella y renunciando al derecho de ciudadano en su patria adquieren un domicilio y residencia en el territorio del Estado, por el tiempo de siete años, y llenaren las demás condiciones prescriptas en la Constitución, para ejercer las funciones referidas.

3. Título 3°, Sección Primera, Artículo 2. Es ciudadano activo el que goza el derecho de sufragio y ejerce por medio de él la soberanía nacional, nombrando sus representantes.

   Título 3°, Sección Primera, Artículo 3. Ciudadano pasivo se llama aquel que, estando bajo la protección de la ley, no tiene parte en su formación, no ejerce la soberanía nacional ni goza del derecho de sufragio.

   Título 3°, Sección Primera, Artículo 4. Para ser ciudadano activo y gozar de sus derechos se necesita:

   Primero. Haber nacido en el territorio de la República y tener domicilio o vecindario en cualquier parroquia.

   Segundo. Ser casado o mayor de veintiún años.

   Tercero. Saber leer y escribir, pero esta condición no tendrá lugar hasta el año 1830.

   Cuarto. Poseer una propiedad raíz de valor de quinientos pesos en cualquier parte de Venezuela. Suplirá la falta de esta propiedad el tener algún grado o aprobación pública en

nacionalidad venezolana, la cual fue regulada expresamente por primera vez en la Constitución de 1830. Anteriormente, tan solo la Constitución de 1821 reguló lo relativo a la nacionalidad "colombiana" en atención a la pertenencia de Venezuela a la Gran Colombia (artículos 9 y ss.). La Constitución de 1857 dedica por primera vez en la historia nacional disposiciones agrupadas bajo el epígrafe "De la ciudadanía" (artículos 11 y ss). La vinculación de las mismas con la materia de los derechos políticos es expresa y patente.[4] Adicionalmente, la Constitución de 1857 también regulaba la materia de la nacionalidad venezolana de forma expresa (artículos 7 y ss.).

La Constitución de 1999, mas de 140 años después, retoma la idea de una regulación autónoma y simultánea de la nacionalidad y la ciudadanía. El

---

una ciencia o arte liberal o mecánica; el gozar de un grado militar vivo y efectivo o de algún empleo con renta de trescientos pesos por año.

Título 3°, Sección Primera, Artículo 5. Los extranjeros que hayan alcanzado carta de naturaleza en recompensa del algún servicio importante hecho a la República, serán también ciudadanos activos, si tuvieren la edad exigida a los naturales y si supieran leer y escribir.

Título 3°, Sección Primera, Artículo 6. Sin la carta de naturaleza gozarán del mismo derecho los extranjeros:

Primero. Que teniendo veintiún años cumplidos sepan leer y escribir.

Segundo. Que hayan residido en el territorio de la República un año continuo y estén domiciliados en alguna parroquia.

Tercero. Que hayan manifestado su intención de establecerse en la República, casándose con una venezolana o trayendo su familia a Venezuela.

Cuarto. Y que posean una propiedad raíz de valor de quinientos pesos o ejerzan alguna ciencia, arte liberal o mecánica.

Título 3°, Sección Primera, Articulo 7. Los militares, sean naturales o extranjeros, que han combatido por la libertad e independencia de la patria en la presente guerra, gozarán del derecho de ciudadanos activos, aun cuando no tengan las cualidades exigidas en los artículos 4°, 5° y 6° de este título.

4. Artículo 11. Todos los venezolanos que están en el goce de los derechos de ciudadano pueden elegir y ser elegidos para desempeñar los destinos públicos siempre que tengan las cualidades requeridas por la Constitución.

Artículo 12. Para gozar de los derechos de ciudadano se necesita:

1° Ser venezolano.

2° Ser casado o mayor de dieciocho años.

3° Saber leer y escribir, pero esta condición no será obligatoria hasta el año de 1880.

Artículo 15. Para que un ciudadano pueda ser nombrado elector se requiere:

1° Que sea mayor de veinticinco años.

2° Que sepa leer y escribir

3° Que tenga una propiedad raíz que valga mil pesos por lo menos o una renta o sueldo que le produzca cuatrocientos pesos o más.

objeto de esta comunicación es ofrecer unas apreciaciones en cuanto a la regulación de la ciudadanía y la consistencia terminológica-constitucional en el manejo de las consecuencias jurídicas de la regulación de dicha institución. Sirva la misma para honrar la memoria de un gran docente universitario y cumplidor de sus deberes ciudadanos, en el más amplio sentido de las palabras: el Profesor Tomás Polanco Alcántara.

I. NOCIÓN

Ante todo, existe el convencimiento popular de que ciudadanía y nacionalidad denotan exactamente la misma realidad. Debe señalarse, no obstante, que ciudadanía y nacionalidad no son términos sinónimos. Se trata de términos que identifican diferentes realidades. Por una parte, la doctrina nacional había expresado que mientras que la nacionalidad indica la pertenencia de una persona a la sociedad civil de un Estado, la ciudadanía indica la pertenencia a la sociedad política de un Estado. "Son diversos aspectos de la misma cosa, Estado el aspecto abstracto y Nación el aspecto concreto."[5] Así, resulta un pleonasmo hablar de "ciudadanos venezolanos", tal como a menudo sucede entre nosotros. Prueba de ello es el artículo 130.1 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas de 14.11.2002, cuando establece:

> "Podrán inscribirse en el registro Naval Venezolano los buques que sean de: 1. Propiedad de ciudadanos venezolanos."

La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que al tratar el aspecto de la ciudadanía, la Constitución "expresa la condición jurídica o vínculo de una persona con el Estado (venezolano), que le permite el ejercicio de los derechos políticos."[6] El artículo 39 de la Constitución de 1999 permitiría formular la noción de ciudadanía como la titularidad de derechos y deberes políticos de acuerdo con la Constitución que le corresponde a los venezolanos y venezolanas no sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en la propia Constitución. No obstante, como discutiremos más adelante, durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente se evidenció la confusión en torno a la noción de ciudadanía.

---

5. Ernesto Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Caracas: Tipografía Americana, p.173 (1945).

6. Ver además Informe de la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía. Exposición de Motivos y Proyecto de articulado del Título relativo a la Nacionalidad y Ciudadanía, en A.R. Brewer-Carías, Debate Constituyente, Tomo II . Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp.45 y ss. (1999); del mismo autor, El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas. Caracas: UCV, pp. 59 y ss. (1965).

II. SEDES MATERIALES

La Sección Segunda del capítulo Segundo del Título III "de la Ciudadanía", artículos 39 al 42 de la Constitución de 1999 regula la ciudadanía. En todo caso, estas últimas disposiciones deben examinarse en concordancia con lo dispuesto en el Capítulo IV del mismo Título relativo a los Derechos Políticos y el Referendum Popular, Sección I: de los Derechos Políticos, artículos 62 al 70.

III. ADQUISICIÓN

La ciudadanía corresponde a los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en la Constitución (artículo 39 de la Constitución de 1999). La edad requerida para el ejercicio de la ciudadanía varía según expresas disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, para ser elector o electora se exige la edad de 18 años de edad. Sin embargo, para el ejercicio de otros cargos se requieren diferentes edades. Así, para ejercer el cargo de Gobernador de Estado se requiere ser mayor de 25 años (artículo 160); para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser mayor de 25 años (artículo 174); para ser integrante del Consejo Legislativo (artículo 162); Diputado o Diputada a la Asamblea Nacional se requiere ser mayor de 21 años (artículo 188); para ser Presidente o Presidenta de la República se requiere ser mayor de 30 años (artículo 227). Igual edad se exige para ser Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva (artículo 238). Para ser Ministro o Ministra se requiere ser mayor de 25 años (artículo 244).

Resulta, entonces, que los ciudadanos y ciudadanas, como titulares de derechos y deberes políticos, son solo los venezolanos y venezolanas. Pero no todos los venezolanos o venezolanas son ciudadanos o ciudadanas, pues solo los mayores de 18 años de edad lo serían propiamente, siempre que no estén sometidos a interdicción civil[7] o a inhabilitación política.[8] Es un error conceptual,

---

7. Artículos 393 y ss. del Código Civil; artículos 733 y ss. del Código de Procedimiento Civil. Al respecto ver Hanna Binstock, La protección civil del enfermo mental. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana (1980); J.L. Aguilar Gorrondona, Derecho Civil. Personas. 12ª. Edición. Caracas: UCAB, pp. 30 y ss. (1995); María Candelaria Domínguez Guillén, El procedimiento de incapacitación, en Ensayos sobre Capacidad y otros Temas de Derecho Civil. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, pp. 225 y ss. (2001).

8. Artículos 13.1, 13.2 y 16.1 del Código Penal. Al respecto ver Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Código Penal de Venezuela. Vol.I, Artículos 1 al 67. Caracas: UCV, pp.171 y ss., 193 y ss. (1981). Un supuesto especial de inhabilitación política está establecido en el artículo 65 de la Constitución de 1999 cuando establece que quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público no podrán optar a cargo alguno de elección popular, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

por tanto, dirigirse a cualquier persona, nacional o extranjera, con la expresión ciudadano o ciudadana, sin previamente verificar los presupuestos de nacionalidad, edad y condición civil política antes mencionados.

IV. EJERCICIO

Los ciudadanos son titulares de los derechos y deberes políticos de acuerdo con lo establecido en la Constitución (artículo 39). Los derechos políticos son privativos de los venezolanos y venezolanas salvo las excepciones establecidas en la Constitución (artículo 40). En este sentido, el voto para las elecciones municipales, parroquiales y estadales será extensivo a los extranjeros y extranjeras que hayan cumplido 18 años de edad con más de 10 años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley, siempre que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política (artículo 64 de la Constitución de 1999).

1. Caso particular del artículo 41 de la Constitución

El ejercicio de los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo, o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidenta y Presidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal o Fiscala General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministro o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, queda reservado a los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad. De esta manera, la doble o múltiple nacionalidad excluye la posibilidad de que esos venezolanos ocupen dichos cargos. En consecuencia de lo anterior, aquellos venezolanos o venezolanas por nacimiento y que simultáneamente detenten otra nacionalidad deberán perder la nacionalidad extranjera de conformidad con las disposiciones de esa legislación extranjera para poder ejercer los cargos antes referidos. En caso de que según ese derecho extranjero esa nacionalidad extranjera no pueda ser perdida quedará imposibilitado el venezolano o venezolana para ejercer los cargos en cuestión[9]. Además, para ejercer los cargos de Diputados o Diputada a la Asamblea

9. Este parecería ser el caso de los uruguayos, quienes de conformidad con el artículo 81 de la Constitución de ese país no pierden dicha nacionalidad "ni aun por naturalizarse en otro país.".

Nacional, Ministras o Ministros, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes y Alcaldesas de Estados o Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de 15 años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la Ley. Las disposiciones anteriores son de carácter general y, por tanto, deben entenderse como incorporadas en todas aquellas disposiciones que de manera especial fijen los requisitos particulares para el ejercicio de los cargos antes enunciados. Cabe destacar que en atención a lo dispuesto en el aparte único del artículo 40 de la Constitución los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoridad gozan de los mismos derechos que los venezolanos y venezolanas por nacimiento. De tal manera, la exigencia de domicilio con residencia hecha para los venezolanos por naturalización en el artículo 41 en comentario no resulta aplicable a aquellos cuya condición jurídica se equipare a la de los venezolanos y venezolanas por nacimiento ex-artículo 40 constitucional.

V. SUSPENSIÓN

Según el artículo 42 de la Constitución de 1999, el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la Ley. El legislador venezolano deberá dictar las disposiciones correspondientes dentro del lapso de dos años contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, previsto en la Disposición Transitoria Sexta.

VI. PÉRDIDA

La pérdida o renuncia a la nacionalidad determina la pérdida de la ciudadanía (artículo 42 de la Constitución de 1999). La pérdida de la nacionalidad venezolana está regulada en el artículo 35 de la Constitución de 1999.

1. ORIGINARIA

Si bien los venezolanos y venezolanas por nacimiento no pueden ser privados o privadas de su nacionalidad, ellos pueden renunciar a la misma (artículos 35 y 36 de la Constitución de 1999). La renuncia a la nacionalidad venezolana, originaria o derivada, es una novedad de la Constitución de 1999. Aparentemente, ella requiere una manifestación de voluntad del interesado.

2. Derivada

El artículo 35 de la Constitución de 1999 prevé que la nacionalidad venezolana por naturalización solo podrá ser revocada mediante sentencia judicial, de acuerdo con la ley. De conformidad con lo anteriormente señalado en cuanto a la vigencia temporal del ordenamiento jurídico preexistente, la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización se debe efectuar según lo establecido en la Ley de Naturalización de 1955[10]. El Tribunal competente para conocer de la materia será, de conformidad con el artículo 185 (7) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. La vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en atención a la derogación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de 1961, hizo innecesario la fijación de un régimen relativo al lapso para interponer el respectivo recurso y la cuestión del tribunal competente en materia de nacionalidad[11]. Adicionalmente, aun cuando la Constitución no lo menciona expresamente, la ciudadanía se pierde si la persona está incursa en interdicción civil o inhabilitación política en virtud de declaración judicial o por condena penal a presidio o prisión que tenga aparejada la pena accesoria de interdicción civil o inhabilitación política. Esto es consecuencia de que el no estar incurso en dichos supuestos es presupuesto para detentar la ciudadanía ex-artículo 39 de la Constitución.

VII. RECUPERACIÓN

La recuperación de la nacionalidad venezolana de conformidad con el artículo 36 de la Constitución de 1999 determinaría la recuperación de la ciudadanía.

En caso de pérdida de la nacionalidad venezolana por nacimiento mediante renuncia es posible que el interesado la recupere si se domicilia en el territorio de la República por un lapso no menor de dos (2) años y manifiesta su voluntad de recuperarla. En este sentido, el aparte único de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución indica, entre otras cosas, que las declaraciones de voluntad previstas en el artículo 36 constitucional se harán en forma auténtica por la persona interesada cuando sea mayor de edad, o por su representante legal si no ha cumplido 21 años. Se trata de una disposición que se aplica independientemente del derecho que resulte aplicable al caso concreto ex-artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado y de que la mayoridad se adquiera en Venezuela a los 18 años (artículo 18 del Código Civil).

10. Gaceta Oficial N° 24801 del 21 de julio de 1955 y su Reglamento publicado en Gaceta Oficial N° 30421 del 11 de junio de 1974.

11. Para el régimen preexistente, ver Gonzalo Parra-Aranguren La Pérdida de la Nacionalidad Venezolana por Naturalización: Aspectos Procesales, en La Nacionalidad Venezolana II: Problemas Actuales. Caracas: UCV, pp. 307 ss.(1983).

Para el caso de la renuncia a la nacionalidad venezolana derivada, la recuperación exige cumplir con los requisitos fijados en el artículo 33 de la Constitución de 1999 relativos a la obtención de la nacionalidad venezolana por naturalización. Técnicamente, en este último caso resultaba más apropiado señalar que la nacionalidad venezolana por naturalización perdida es irrecuperable, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitarla nuevamente dando cumplimiento a las disposiciones aplicables.

VIII. INCORPORACIÓN PROGRESIVA A LA CIUDADANÍA ACTIVA

El artículo 78 de la Constitución de 1999 contiene una disposición en materia de ciudadanía sin precedentes en la historia constitucional venezolana. La disposición en cuestión establece que el Estado promoverá la incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa.[12] Aun cuando ya fue expresado en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el artículo en comentario es el producto de una profunda y densa confusión en torno a la noción de ciudadanía. Se trató de imponer una "noción ampliada de ciudadanía", cuando en realidad lo que se pretendía era reformular la noción de ciudadanía. Es decir, el objetivo era de no limitar la noción de ciudadanía a la titularidad de derechos políticos, sino extenderla a la titularidad de derechos y deberes de todo tipo y naturaleza, y sin límite de edad.[13]

---

12. El texto íntegro de la artículo 78 de la Constitución de 1999 es el siguiente: Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

13. Los textos que a continuación se transcriben han sido tomados de la Gaceta Constituyente (Diario de Debates) Octubre-Noviembre de 1999, Asamblea Nacional Constituyente. Caracas: Imprenta del Congreso de la República (s/f). Sesión del 22.10.1999, pp. 4-5: "CONSTITUYENTE PORTOCARRERO (BLANCANIEVE).-

    Ciudadano Presidente, colegas constituyentes. Percibo que aquí empieza a verse una concepción bien restrictiva de la ciudadanía.

    Primero: Sobre la edad; segundo: está limitada los derechos políticos. Una concepción ciudadana es mucho más que eso.

    Recuérdense que estamos incursionando en un espacio diferente y por eso es importante llamar la atención. No se puede seguir tratando y trabajando una ciudadanía sólo para un derecho político.

IX. IMPRECISIÓN CONCEPTUAL

Con la Constitución de 1999 se retoma el cauce de la regulación autónoma y simultánea de la materia nacionalidad y ciudadanía ya iniciado en 1857. Sin

---

Estamos transitando la concepción progresiva del derecho y llamando ciudadanos a los niños, y niñas, en el uso progresivo de su ciudadanía. Los estamos llamando sujetos plenos de derechos, deberes y responsabilidades.

Entonces creo, que este artículo 39 debe decir simplemente: "Los venezolanos y venezolanas ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes, de conformidad con lo que establece esta Constitución".

Es decir, declarar la condición ciudadana y su ejercicio, y luego, en artículos posteriores o en una ley de los derechos políticos, se darán las limitaciones a la ciudadanía; pero tiene que haber un artículo general de la ciudadanía, porque limitarlo me parece, es una concepción restrictiva que va a entrar en contradicción con la concepción participativa y protagónica con la que estamos comprometidos en esta Constitución."

Sesión del 22.10.1999, pp.5-6: "CONSTITUYENTE ARISTÓBULO (ISTÚRIZ).-

Ciudadano Presidente, colegas constituyentes. Es muy acertada la aclaratoria del constituyente Allan Brewer Carías, porque allí es donde está la diferencia.

La Constituyente Blancanieve Portocarrero hizo un planteamiento que me parece muy serio y debemos tomar en cuenta. Una de las líneas fundamentales que se plantean en la orientación de este texto constitucional es la característica de la progresividad.

Si limitamos a lo que la constituyente Blancanieve Portocarrero ha llamado un concepto restringido de la ciudadanía, es limitar la ciudadanía al ejercicio exclusivo de los derechos políticos. Y un ciudadano es quien asume deberes y derechos.

No se trata exclusivamente de ver si es el extranjero o si es el nacional, de lo que trata la diferencia es de limitar la ciudadanía al ejercicio exclusivo del derecho político ¿Es qué la responsabilidad de otros derechos más allá de los derechos políticos no deben estar incluidos en el contexto de ciudadanía? ¿ Cuándo se asumen deberes no se está ejerciendo la ciudadanía? El debate dado por los niños, niñas y adolescentes que hicieron durante todo este año lo que se llama la Constituyente Infantil. ¡Ese fue el gran debate! Ese fue el gran debate que dieron las Organizaciones No Gubernamentales, las organizaciones que defienden los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.(sigue...)

El planteamiento que hacen en esta Constitución y lo contiene el texto es que exigen el derecho de ser ciudadanos los niños, niñas y adolescentes. Y nosotros tenemos la obligación de ver cuáles son los derechos de esos niños, cuáles son los deberes que tienen los niños y las niñas y que tienen nuestros adolescentes.

¿Pueden o no pueden ser ciudadanos nuestros adolescentes porque no tienen la edad que establece esta Constitución y las leyes? Ese es el planteamiento y el planteamiento que trae esta Constitución y que trae la Comisión y lo que está planteado en este momento, es ampliar el concepto de ciudadanía más allá del límite que le establezca una edad, y más allá del límite de concebir la ciudadanía sólo en el terreno del ejercicio de los derechos políticos.

Voy a apoyar y a respaldar el planteamiento de la constituyente Blancanieve Portocarrero, de que nuestros niños, niñas y adolescentes, a lo mejor no pueden votar, pero tienen el derecho a opinar, derecho a tomar decisiones, tienen responsabilidad con su escuela, con su hogar, tienen derechos, los derechos de los niños y niñas están establecidos

embargo, al igual que en el pasado, resabios históricos que encuentran su raíz en la primera Constitución republicana, han mantenido en sede constitucional como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley la fórmula oficial según la cual el único trato que se le dará a las personas será el de ciudadano o ciudadana. Lo anterior, además, es impuesto con independencia de la nacionalidad, venezolana o extranjera, de los destinatarios de la fórmula, de su condición civil o política, e inclusive de su edad. En suma, el trato oficial de ciudadano o ciudadana con independencia de que la persona reúna o no los presupuestos que señalan los artículos 39 y ss. de la Constitución de 1999 desvirtúa el mérito de la Sección Segunda del Capítulo II, Título III de esa Constitución en materia de ciudadanía.

Ya se indicaba que la "tarea primordial de toda ciencia es la de fijar de manera inequívoca el sentido auténtico de las palabras de que se sirve para forjar los contenidos conceptuales de la realidad en forma inteligible". Porque, "como decía Don Andrés Bello, no hay semilla más fecunda en errores que la costumbre de pegarnos de palabras y definiciones que no entendemos."[14]

---

universalmente. Entonces, nosotros que vamos a formar una nueva República, sostengo que debemos ampliar el concepto de ciudadano más allá de los derechos políticos. Los Límites los establece la Constitución: Si es para votar, una edad, pero el votar no puede definir la condición del ciudadano. ¡Ojo¡."

Sesión del 30.10.1999, p.13: "CONSTITUYENTE BREWER CARIAS (ALLAN).-

...se asigna al Estado la obligación de promover la incorporación de los niños en forma progresiva "a la ciudadanía activa", con lo cual se confunde de nuevo el concepto de ciudadanía que es el vínculo político que une a una persona con el Estado. Quizás se quiso señalar que se promoverá incorporar progresivamente al niño al ejercicio pleno de sus derechos."

14. Luis Loreto, ¿Cuándo comienza el juicio?, en Ensayos Jurídicos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 47, 60 (1987).

TIERRA, PAN, TRABAJO Y JUSTICIA
Algunas líneas para acceder al sistema judicial y a la propiedad

POR GUSTAVO LINARES BENZO*

RESUMEN

El Derecho tiene cuatro funciones en una economía de mercado: 1. garantizar los derechos de propiedad; 2. dar seguridad a las transacciones; 3. resolver los conflictos y 4. defender frente a la arbitrariedad del Estado. En tres áreas se presentan la mayoría de los litigios en los sectores más deprimidos: los problemas de Derecho de familia, especialmente los relativos a la patria potestad y al deber alimentario de los padres; los conflictos de tránsito; el régimen inquilinario. Para garantizar el acceso a la justicia y a la propiedad, se propone en consecuencia:

1. Salvo el caso de la materia penal, la opción de hacerse asistir por abogado debe dejarse a la discreción de la parte que lo considere necesario, nunca imponerse como obligación. La exigencia de ser asistido por abogado para acudir a instancias administrativas o judiciales prevista en la Ley de Abogados es inconstitucional.

2. Deben ampliarse los poderes de los jueces de paz hasta incluir los asuntos relativos al cumplimiento de la obligación alimentaria, con exclusión de los demás aspectos del Derecho de Familia, casos de arrendamiento, hasta un determinado monto, y para los de tránsito terrestre donde no hayan ocurrido hechos que pudieran tener consecuencias penales.

3. Los Concejos Municipales pueden dictar una ordenanza especial para la titularización de la propiedad en las zonas marginales, que tenga presente los factores sociales, urbanísticos y de seguridad. Sobre esa base es posible llevar

*. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela

adelante una reforma de la propiedad urbana que dé acceso a los mercados inmobiliario y bancario a los que menos tienen.

INTRODUCCIÓN

En 1882 Luciano Rodríguez compra al indio Patricio Pérez un "paño de tierra de sequera de rastrojos" ubicado en algún lugar del Estado Miranda, desde que los linderos son, con todos nuestros títulos de propiedad, algo así como " por el Norte con tierras que son o fueron de Petronila López; por el Sur con tierras ejidas; por el Este con fundo de Juan González hasta la mata de mango; por el Oeste con tierras que son o fueron de Petronila López". El paño de tierra se mantiene inmóvil hasta que más de un siglo después, en agosto de 1990, los sucesores de Luciano Rodríguez venden a Domingo Somoza 500 m2 de ese inmueble. De acuerdo con el documento de compra-venta y sin ninguna base de los linderos, se ubica al paño de tierra en plena Alameda, el único sector del Sureste de Caracas sin urbanizar y sobre el cual hay otras ventas registradas en este siglo y plena posesión de estos segundos propietarios desde tiempo inmemorial. Comienza un pleito judicial, con amparos y todo que culmina años después con costos enormes para los legítimos propietarios.

No tenemos techo ni paredes, como puede verse. El sistema jurídico venezolano sería el adecuado para el "mundo bizarro" de Supermán, desde que funciona exactamente al revés. De acuerdo con los pensadores del ramo, el Derecho tiene cuatro funciones en una economía de mercado: 1. garantizar los derechos de propiedad; 2. dar seguridad a las transacciones; 3. resolver los conflictos y 4. defender frente a la arbitrariedad del Estado. La importancia de que ese sistema funcione es suficiente para que el Banco Mundial, en un reciente estudio sobre las causas del éxito de los tigres asiáticos, incluyera el "marco legal estable" como una de las razones espectacular crecimiento (5.1% promedio desde 1960) de estas potencias emergentes.

En un artículo que todo abogado venezolano debe leer, Hernando de Soto (*The Economist,* 11-9-93) va más allá. El éxito económico en los países subdesarrollados dependerá de la protección jurídica de la propiedad más que de las reformas macroeconómicas "porque (actualmente) no hay suficientes propiedades en el mundo en desarrollo para que los mercados funcionen. La diferencia entre paises desarrollados y subdesarrollados, después de todo, no es que aquellos tienen mercados y éstos no. Los mercados son una tradición antigua y universal. Cristo expulsó a los mercaderes del templo hace dos mil años y los peruanos mercadeábamos nuestros productos mucho antes de que Colón descubriera América. La diferencia entre el mundo desarrollado y el

subdesarrollado es la misma que existe entre comprar oro a futuro en la Bolsa de Metales de Londres y comprar pepitas de oro en las aceras de Madre de Dios, Perú. En Gran Bretaña el sistema jurídico ha establecido derechos de propiedad que pueden intercambiarse en mercados amplios, mientras que en Perú no. Gran Bretaña es una economía de la propiedad, Perú no".

Alguna importancia para el mercado parece tener el funcionamiento del sistema jurídico. La protección de los derechos es una de las razones -y no solo de la propiedad inmobiliaria: pensemos en patentes, software, tecnología, etc. Otra es la adecuada solución de los conflictos. En realidad, el problema jurídico raramente es de leyes, normalmente es de jueces. Nuestros mejores procesalistas (Rengel, Márquez Añez, Fuenmayor *et al*) redactaron un Código de Procedimiento Civil (CPC) moderno , leal y de justicia rápida. Entre otras innovaciones, el CPC de 1987 cuenta todos los plazos del juicio en *días contínuos*, salvo los de pruebas que se midan por los días en que el Tribunal abre al público (días de despacho, en nuetra jerga), que son normalmente tres, máximo cuatro, a la semana. Tal reforma aceleraba sustancialmente el proceso, ya que antes casi todos los plazos eran de despacho. Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de 25-10-89, sentenció que todo volvía a ser como antes: dijera lo que dijera el Código, *los plazos eran de días de despacho*. Así que el problema no es de leyes.

Todas las normas relativas al mercado que hemos puesto en práctica - antidumping, monopolio, OMC- están en manos de los jueces. Por más trabajadores y preparados que sean los miembros de CASS o de Procompetencia, serán miembros del Poder Judicial los que tengan la última palabra. Pero en los problemas más cotidianos los jueces son otros. Y son tales -con excepciones- que aquí en Venezuela la amenaza es "y si no te gusta, ¡demándame!" y no "te voy a demandar" como ocurre en países no bizarros.

El Banco Mundial ha prestado 60 millones de dólares para la reforma del Poder Judicial, pero de un modo perfectamente diseñado para que sean inútiles. 29 millones en computadoras para jueces y Consejo de la Judicatura; 30 millones en nuevos tribunales y sólo un millón en las facultades de Derecho. De ese modo, si en el Tribunal 8avo. de Primera Instancia en lo Civil de Los Cañizos se cometen diez injusticias diarias, con computadoras y aire acondicionado se cometerán cien, porque el juez será el mismo. ¿No sería mejor destinar más real a reformar las facultades de Derecho? De allí salimos los jueces y abogados, y si vemos los frutos, no muy bien preparados. Con mejores escuelas, algún día habrá mejores jueces. Y, paralelamente, hay que seguir el consejo de Soto: mejorar nuestros registros y notarías y los sistemas

de protección de la propiedad inmaterial (allí las computadores pueden ser más útiles). Con registros que funcionen y mejores jueces, hay esperanzas de que el fantasma del indio Patricio Pérez no nos quite el apartamento.

Después de un largo asedio brutal, el Derecho sigue siendo lo que, en el exordio de nuestras repúblicas, Andrés Bello dijo en 1843:

> "A la facultad de leyes y ciencias políticas se abre un campo, el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles. Los habéis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente debe recomendar sus trabajos a la patria. Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas. ¿Y qué objeto más importante o más grandioso, que la formación, el perfeccionismo de nuestras leyes orgánicas, la recta y pronta administración de la justicia, la seguridad de nuestros derechos, la fe de las transacciones comerciales, la paz del hogar doméstico?".

Una ley de tierras, por ejemplo, si alguna utilidad puede tener, debe ir más allá de crear impuestos. Para empezar, esa ley sería una excelente ocasión para ordenar el sistema de registro público de la propiedad, hoy inútil, oscuro y farragoso. Algunos proyectos de ley hablan del catastro rural y de la obligación de otorgar documentos de propiedad con base en coordenadas geográficas, dejando atrás los linderos fantasmas como "hasta la mata de mango" o "con tierras que son o fueron de Benigno Guzmán". Esta sencilla ordenación de la prueba de la propiedad sería el mayor logro de una nueva ley.

Dotar de tierra a quien la trabaja ya se hizo con la reforma agraria de los años 60, sólo que al final casi todas las propiedades afectadas pasaban a manos del Instituto Agrario Nacional a medida que la población rural emigraba a las ciudades. Repartir la tierra hoy es privatizar al IAN, para lo que no hace falta ninguna ley. El terrateniente latifundista es el Estado venezolano, que ni siquiera sabe qué inmuebles posee y mucho menos tiene una estrategia para repartirla entre los aparceros.

Reafirmando lo obvio, cualquier transferencia de propiedad privada impuesta por el Estado a favor de la población campesina debe pasar por la expropiación. Las confiscaciones están prohibidas constitucionalmente (art. 116): sólo mediante el pago de la correspondiente indemnización es posible

lograr esas transferencias coactivas, pues las previsiones constitucionales sobre las tierras agrícolas no son una excepción a ese principio.

En definitiva, no es necesaria una ley para lograr la redistribución de la propiedad rural. Además, el verdadero problema de inequidad en la distribución de la riqueza versa sobre la propiedad *urbana*, que es la que interesa a más del 80% de la población. Un plan agresivo de titularización de las zonas marginales de las grandes ciudades (que no afectará propiedades privadas pues la mayoría de esas zonas está en tierras públicas) sería un esfuerzo mucho más eficiente por integrar socialmente a las personas más vulnerables.

Concentrar todos los esfuerzos de mejora del poder judicial en la efectividad del cobro de la pensión alimentaria a los padres irresponsables, modo automático de aumentar la presencia del padre en el hogar y el nivel de vida de la mayoría de las familias, dependientes de la madre.

El acceso a la justicia de la mayoría de la población debe ser uno de los objetivos básicos de cualquier Estado. En Venezuela se trata de una actividad reservada a los estratos más pudientes de la población, menos del 10% de los habitantes ocurren de hecho a los tribunales. Obviamente, esta cifra pasmosa se traduce en que sus conflictos o bien nunca son resueltos, con la carga de injusticia y consecuente resentimiento que se produce, o encuentra la solución de la fuerza, física o económica.

A continuación expondremos algunas líneas de solución.

I. EL ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA

El problema debe verse desde la óptica de los más vulnerables. Los costos de transacción que implica el régimen judicial venezolano de hoy hacen imposible que el común lo emplee. Para disminuir los costos hay que determinarlos para ese sector más deprimido, comenzando por definir las áreas peculiares donde estos sectores giran principalmente en su actividad citadina, para luego añadir aquellos costos generales a todo usuario del sistema pero que constituyen barreras infranqueables para los más pobres.

Comenzando, puede decirse que son tres áreas de la vida cotidiana donde se presentan la mayoría de los potenciales litigios en los sectores más deprimidos: a. los problemas de Derecho de familia, especialmente los relativos a la patria potestad y al deber alimentario de los padres; b. los conflictos de tránsito; c. el régimen inquilinario. Luego, debe determinarse que aspectos concretos del régimen judicial como un todo impiden acceder a él. La experiencia indica que

los costos más altos del sistema vienen dados por sus operadores institucionales, jueces y abogados. Así como los primeros son imprescindibles para la existencia de un sistema judicial, y en la parte especial se sugerirán soluciones a ese problema, el punto más fértil para el diagnóstico y la terapéutica es la profesión del abogado. Actualmente es necesario la asistencia de abogado para utilizar el sistema judicial. Sin embargo, esa necesidad puede eliminarse o restringirse a los casos estrictamente necesarios. Comencemos por allí.

1. Eliminar el monopolio forense

En Venezuela la profesión legal se ha convertido en un monopolio. Investigaciones importantes de la Superintendencia para Proteger y Promover la Libre Competencia (Procompetencia) han concluido en la injusticia de exigir la colegiación para el ejercicio del Derecho y otras profesiones liberales, incluyendo una decisión concreta para el caso de los farmaceutas. Estas decisiones responden a una tendencia universal en las autoridades de regulación del mercado que ven cada vez con más sospecha el monopolio que significa el requisito de recurrir a estos profesionales liberales para determinadas tareas.

Aunque en algunos casos el bien común exige que sean profesionales debidamente acreditados quienes realicen ciertas actividades -básicamente la profesión médica- en el caso del Derecho esa exigencia es mucho menor. Al menos en el área patrimonial, que es a la que se refiere este trabajo, no se ve cómo es posible que una persona disponga libremente de sus derechos sin necesidad de abogado, pero que lo necesita como exigencia legal para ventilarlos en los tribunales. Está claro que al menos en asuntos patrimoniales no hay razón para que la ley obligue a ser asistido de profesionales del Derecho. En el ámbito del Derecho de Familia la situación es semejante: las decisiones sobre el propio estado de vida y sobre los hijos son ejercicio libre de la personalidad humana, dentro de los límites de la moral y las buenas costumbres. Así como para alimentar a los hijos o escoger su educación no se requiere la presencia de un abogado, tampoco es necesaria para que esas decisiones se debatan en juicio.

En definitiva, y salvo el caso de la materia penal, la opción de hacerse asistir por abogado debe dejarse a la discreción de la parte que lo considere necesario, nunca imponerse como obligación. Las consecuencias prácticas de esta eliminación de la obligatoriedad de la asistencia de abogados son enormes: el costo mayor del sistema judicial viene dado por los honorarios de los abogados, que ejercen su monopolio en el sector inclusive mediante la cartelización de fijar honorarios mínimos. Además, es común el sentimiento de que las principales fallas del sistema vienen dadas por la actuación de los abogados.

Si cualquier persona puede acudir a los tribunales por sí misma, se rompería con ese monopolio y los abogados tendrían que a. disminuir drásticamente sus honorarios y b. mejorar notablemente la calidad de los servicios que prestan, pues comenzaría una verdadera competencia en el sector. Se elimina uno de los obstáculos más importantes para el acceso a la justicia.

Esta decisión encontraría grandes intereses creados en su contra, obviamente por parte de los gremios profesionales. Sin embargo, su implantación progresiva y las ventajas que presenta la hacen factible.

Para llevar a la práctica la decisión, no es necesario reformar la Ley de Abogados. El derecho de acceso a la justicia, previsto en el artículo 49 de la Constitución, incluye a la "asistencia jurídica como *derecho* inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso." La asistencia jurídica es, pues, un derecho y no una prerrogativa de los abogados, y como derecho está al servicio del acceso a la justicia y no como impedimento a su ejercicio. De allí que la asistencia jurídica como derecho de los justiciables tenga como contrapartida un deber *del Estado* de facilitar esa asistencia, pero no un derecho de abogados o sus gremios a patrocinar a todo aquel que desee utilizar el sistema de justicia. Así como sería absurdo impedir a cualquier persona que haga lo que desee para cuidar su salud en virtud de la obligatoriedad de la prestación pública de servicios de salud, también lo que exigir a los ciudadanos requerir los servicios de abogados para acudir a los tribunales. Rotundamente lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

> "El acceso a la justicia se le garantiza así directamente a toda persona natural o jurídica, mediante el ejercicio de su derecho de acción a través de la demanda, la cual, para ser admitida, debe cumplir determinados requisitos, pero la acción, como llave para mover la jurisdicción, la tienen todas las personas capaces que solicitan justicia, *sin necesidad de utilizar intermediarios para ello*, a menos que se garanticen una serie de derechos que obliguen al intermediario a actuar" (Sent. TSJ-SC de 20-6-2002, caso *Tulio Alberto Alvarez*).(Destacado mio)

En todo caso, el derecho a la asistencia jurídica se refiere al uso potestativo de los servicios públicos de defensoría, y no a una obligación de ser asistido por abogados.

De este modo, puede entenderse que la exigencia de ser asistido por abogado para acudir a instancias administrativas o judiciales prevista en la Ley de Abogados es inconstitucional, por lo que ya es posible acudir a cualquiera de esas instancias en nombre propio y sin abogado. Hacer de esa conducta

una práctica puede corregirse desde ya, levantándose así uno de los más formidables obstáculos al acceso a la justicia: el monopolio de los abogados.

2. Los jueces de paz y los temas álgidos

Como vimos, hay tres sectores del tráfico jurídico que interesan sobremanera al grueso de la población: el Derecho de familia, en especial lo relacionado con la pensión de alimentos, los asuntos de tránsito terrestre y el inquilinato.

La efectiva prestación de la pensión de alimentos, es decir, el cumplimiento por parte de los progenitores, en nuestro caso fundamentalmente el padre, de su obligación de mantener a sus hijos, es un desideratum que cumplirlo traería consigo "todos los bienes". Por razones que no es momento estudiar aquí, buena parte de las familias venezolanas tienen como jefe a la madre, mientras que el padre ausente ni siquiera contribuye económicamente con el sostenimiento de los hijos. Lograr que el sistema judicial sirva de medio para que los padres cumplan con esa obligación mejoraría automáticamente el nivel de vida de la mayoría, y además vincularía al varón con sus hijos, tanto como incentivo para que no abandone el hogar como para que se percate de la responsabilidad de engendrar.

La obligación alimentaria se encuentra claramente establecida en la ley y las normas procesales son suficientes para ejecutarla. El problema radica en la saturación de los tribunales ordinarios para resolver esos conflictos: son pesados, pocos y en consecuencia se encuentran abarrotados de casos de pensión de alimentos, con la poca eficacia resultante. Hay que buscar otros tribunales.

Tales están ya previstos en el ordenamiento jurídico: los jueces de paz. Electos por votación popular, tienen como principal virtud que son el único sector descentralizado del sistema judicial venezolano: son competencia de los Municipios, de acuerdo con el artículo 178 de la Constitución. El efecto dinamizador y de mayor eficacia que han mostrado los gobiernos estadales y municipales en el manejo de la cosa pública podría manifestarse así en el sector justicia, ampliando los poderes de estos jueces hasta incluir los asuntos relativos al cumplimiento de la obligación alimentaria, con exclusión de los demás aspectos del Derecho de Familia como los asuntos matrimoniales o de patria potestad. Para ello bastará reformar la Ley de Justicia de Paz, ampliando sus competencias específicamente para el tema de la pensión de alimentos.

Ya se ve que el sistema funcionaría también para los casos de arrendamiento, hasta un determinado monto, y para los casos de tránsito terrestre donde no hayan ocurrido hechos que pudieran tener consecuencias penales.

II. ACCESO A LA PROPIEDAD URBANA

En Venezuela, ello es particularmente cierto en el caso de la propiedad inmobiliaria urbana, en vista del enorme porcentaje de la población que habita zonas marginales de las grandes ciudades. Arbitrar modos de dar acceso a la propiedad del inmueble que habitan sería otra aspiración que resolvería muchos problemas a la vez.

Haría posible el mejoramiento de la calidad de las viviendas marginales, pues sólo se dotaría de propiedad aquellas que cumplan con determinadas condiciones de seguridad, higiene y servicios. Daría acceso a los titulares de crédito hipotecario, y sobre todo elevaría el nivel de autonomía personal que solo la propiedad otorga, frente al Estado y a los demás grupos más poderosos.

La meta no es inalcanzable, dada la peculiar situación de esos asentamientos. La mayoría responden a la invasión de tierras *públicas*, en concreto ejidos municipales. De allí que no sea necesaria la expropiación de propiedades de particulares -lo que haría imposible la tarea- sino proceder a que los Municipios establezcan un plan de dotación de inmuebles en las zonas marginales.

El supuesto está previsto inclusive en la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal. Esta postula un complicado régimen de enajenación de ejidos, considerados como patrimonio local. Sin embargo, su artículo 125, segundo aparte, establece:

> "Los terrenos de origen ejidal ocupados por construcciones habitacionales en la zona urbana, podrán ser enajenados en los términos y condiciones que establezca la ordenanza"

Todo el asunto queda en manos de los Concejos Municipales. Estos pueden dictar una ordenanza especial para la titularización de zonas marginales, que tenga presente los factores sociales, urbanísticos y de seguridad. Sobre esa base es posible llevar adelante una reforma de la propiedad urbana que de acceso a los mercados inmobiliario y bancario a los que menos tienen.

LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

POR JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL[1]

"(...) El Derecho interno es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los Derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades para la promoción, protección y realización efectiva de esos Derechos y libertades"

Asamblea General de las Naciones Unidas.[2]

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA DOCTRINA QUE EXPLICA LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. 1. La teoría dualista. 2. La teoría monista. 3. La diferencia del campo de operación. 4. La doctrina de la armonización o de la coordinación. II. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA. III. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO. 1. El Privy Council Británico. 2. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano. (La sentencia 1942). IV. COLOFON.

---

1. Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho y Políticas Internacionales, Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración, Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos U.C.V., Juez Superior Penal del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

2. *RES/53/144 del 8 de marzo de 1999. Veáse:* La Declaración sobre el Derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.

INTRODUCCIÓN

En diversos foros hemos señalado que nuestro Estado, en materia de Derechos Humanos, se encuentra en una posición de vanguardia desde el punto de vista legislativo, tal circunstancia es acorde con la jurisprudencia internacional la cual ha señalado que: *"Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos"*.[3] Esto significa, que Venezuela está obligada a adoptar las medidas legislativas necesarias impuestas por los tratados que ha suscrito y ratificado, por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[4]

No cabe la menor duda, que la incorporación y aplicación de los tratados internacionales de Derechos humanos en el Derecho interno, constituye uno de los temas de mayor actualidad e interés en la problemática jurídica contemporánea.[5] Este tema, posee una importancia fundamental en el ámbito jurídico, en virtud de la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, y la jerarquía Constitucional que tienen los Derechos humanos en nuestra Carta Magna, conscientes de que es un tema novedoso e incluso desconocido por los diversos operadores de justicia. El límite de nuestra pretensión, es referirnos a los aspectos básicos que explican la vigencia de las normas internacionales en materia de Derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno.

I. LA DOCTRINA QUE EXPLICA LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Existen en la doctrina diversas teorías tendientes a determinar la relación que pueda existir entre el Derecho internacional y el Derecho interno, además

---

3. Cfr: Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, N° 10 Pág.20.
4. El sistema interamericano de Derechos humanos dispone los medios, órganos y formas para lograr una protección adecuada a los habitantes del continente americano por violaciones de sus Derechos humanos por parte de los Estados. Los órganos del sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en la ciudad de Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica. El sistema interamericano de Derechos humanos se basa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, seis meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigencia en 1978.
5. La protección de los Derechos humanos se rige, hoy por hoy, por normas de Derecho Internacional, tales como las previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entre otros, estas disposiciones se han añadido a la normativa Constitucional venezolana.

de revelar soluciones frente a probables conflictos entre normas de Derecho internacional y de Derecho interno.

1. La teoría dualista

Esta teoría asume que el Derecho internacional y el Derecho interno conforman dos ordenamientos jurídicos distintos y separados, que difieren tanto en sus fuentes como en los sujetos a quienes está destinada la norma. Estas diferencias se manifiestan en la naturaleza de las relaciones reguladas por uno y otro ordenamiento jurídico, pues, mientras el Derecho internacional regula las relaciones entre Estados soberanos, el Derecho interno regula las relaciones entre individuos y las relaciones entre el Estado y los individuos; esas diferencias se manifiestan también, en la sustancia misma de ambos ordenamientos jurídicos, ya que, mientras el Derecho interno es impuesto por el Estado a quienes se encuentran sujetos a su autoridad, el Derecho internacional es un Derecho aceptado por los Estados a quienes está destinada la norma. Teniendo en cuenta las diferencias antes referidas, se puede concluir, que en el esquema de la teoría dualista, el Derecho internacional y el Derecho interno son dos sistemas normativos que nunca entran en conflicto y que están en un plano de igualdad, sin que las normas de uno prevalezcan respecto del otro; como ambas categorías de normas no son excluyentes y coexisten dentro de sus ámbitos de aplicación respectivos, mientras los tribunales internacionales son los llamados a aplicar el Derecho internacional, los jueces nacionales solo podrán aplicar el Derecho interno. Para que el Derecho internacional pueda surtir efectos en la esfera interna, se requiere que sus disposiciones sean adoptadas total o parcialmente por el Derecho interno, transformándolas en normas de Derecho nacional mediante un acto jurídico que reproduzca el contenido de la norma de Derecho internacional y lo transforme en norma obligatoria de Derecho interno. Mientras no ocurra esa transformación, los órganos del Estado no podrían aplicar directamente un tratado u otra norma de Derecho internacional. En realidad, una vez que se produzca esa transformación, convirtiendo la norma de Derecho internacional en norma de Derecho interno, los órganos estatales terminan aplicando esta última y nunca el Derecho internacional propiamente como tal.[6]

2. La teoría monista

La teoría monista rechaza las premisas del dualismo. En primer lugar, niega que los sujetos de los dos sistemas jurídicos sean esencialmente distintos

6. Cfr: XXV jornadas J. M. Dominguez Escobar, en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez Llantada (S.J.) *Los Derechos humanos y la agenda del tercer milenio.* Barquisimeto, del 06 al 09 de enero de 2000. Véase la Vigencia del Derecho internacional en el ámbito nacional, por Héctor Faúndez Ledesma, págs. 17 y 18.

y sostiene que en ambos se regula la conducta de los individuos, aunque en el ámbito internacional esa conducta se atribuya al Estado. En segundo lugar se afirma, que en todo caso, la norma jurídica obliga a los sujetos de Derecho independientemente de su voluntad. Para el monismo, el Derecho internacional y el Derecho interno, lejos de ser esencialmente distintos, son dos manifestaciones de un mismo fenómeno normativo. Por consiguiente, el monismo asume que el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados conforman un solo ordenamiento jurídico y por lo tanto, el problema no se plantea en términos de transformar las normas del primero en reglas del segundo, sino que, a partir de la premisa antes señalada, incorporar automáticamente el Derecho internacional en el Derecho interno.[7]

3. La diferencia del campo de operación

Esta teoría fue propiciada por Gerald Fitzmaurice cercana al dualismo, quien sostiene que el Derecho internacional y el Derecho interno operan en campos diferentes. En su opinión, ese campo común de actividad no existe, pues, el Derecho internacional y el Derecho interno no rigen el mismo tipo de relaciones, y en cuanto a la supremacía de uno sobre el otro, es un aspecto que no deriva del contenido del Derecho sino de su ámbito de operación. Cada sistema sería completamente independiente del otro, sin que, en principio pueda haber conflicto entre ellos; si las obligaciones que impone uno y otro sistema entran en conflicto, los tribunales nacionales deberán aplicar el Derecho interno y los tribunales internacionales el Derecho internacional.[8]

4. La doctrina de la armonización o de la coordinación

Esta teoría destaca la integración y coordinación que se puede apreciar entre ambos ordenamientos jurídicos. El Derecho internacional puede ser relevante para determinar la competencia -civil o criminal- de los tribunales nacionales o para ayudar a precisar la naturaleza de la función que se le encomienda a algunos funcionarios del Estado, como es el caso de los agentes diplomáticos, cuyas atribuciones deben ser ejercidas de conformidad con el Derecho internacional. Pero por otra parte, el Derecho internacional también

---

7. Véase a Lassa Oppenheim, en *Tratado de Derecho Internacional Público.* 8va. edición inglesa a cargo de Sir Hersch Lauterpacht, traducida al español por J. López Oliván y J. M. Castro-Rial, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, tomo I, vol. I, pág. 38 y sig., citado por Héctor Faúndez Ledesma, *op. Cit.*, pág. 19.

8. Cfr: Sir Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law*..., Recueil des Cours, 1957, tomo II, pág. 71, citado por Héctor Faúndez Ledesma, *op. Cit.*, pág 24.

necesita del Derecho interno para su ejecución, en realidad, el primero no se puede realizar sin este último, ni fuera de éste.[9]

II. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

La protección de los Derechos humanos, se rige por normas de Derecho internacional, tales como las previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[10], estas disposiciones se han añadido a la normativa Constitucional Venezolana, tal como lo estableció el constituyente en el preámbulo de la Carta Fundamental, reconociéndolos de igual modo en los fines del Estado, al establecer la jerarquía de los tratados de Derechos humanos, la garantía de tales Derechos y la cláusula abierta a los Derechos humanos a los fines de procurarle plena eficacia y un pleno valor jurídico. En este sentido, el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que:

> Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a Derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas 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.

Del contenido material del referido dispositivo constitucional se desprende el reconocimiento y vigencia de la auto-ejecutividad de las normas internacionales de Derechos humanos. En este sentido es oportuno señalar, que la doctrina ha expresado que las normas y obligaciones internacionales, una vez incorporadas al ordenamiento interno del Estado, son de aplicación inmediata por los órganos judiciales y de la Administración en la medida en que sean *self-executing*, esto es, que no requieran al efecto de medidas normativas de desarrollo. En tanto reconozcan Derechos a favor de los particulares de forma precisa e incondicional, gozarán de eficacia directa, es decir, serán invocables por aquéllos ante los órganos estatales,

9. Cfr : Triepel, *Droit international et Droit Interne*, París, Pedone, 1920, págs. 268 y sig., citado por Héctor Faúndez Ledesma, *op. Cit.*, pág. 26.

10. Es importante destacar que ambos tratados son leyes de la República Bolivariana de Venezuela, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue ratificado en fecha 10 de mayo de 1978 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 23 de junio de 1977.

sin perjuicio de la obligación que incumbe a éstos de aplicarlas de oficio. La eficacia directa de una norma u obligación internacional opera normalmente en las relaciones entre el particular y el Estado (eficacia directa vertical), aunque puede llegar a darse también en las relaciones entre particulares (eficacia directa horizontal). Cuando una norma u obligación internacional no es *self-executing* su aplicación requiere de lo que Triepel llamó el Derecho interno internacionalmente indispensable, ésto es, la adopción de leyes y otras disposiciones de rango inferior que las complementan y desarrollan. La obligación de cumplir de buena fe con una norma u obligación que tenga este carácter, comporta poner en marcha los procesos de producción normativa interna que aseguren la ejecución de las obligaciones que de ella se derivan.[11] Además la jurisprudencia internacional ha señalado que:

> "Las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado."[12]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley de la República), consagra también las normas *self-executing* o auto-ejecutoriedad de las disposiciones en materia de Derechos humanos. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que:

> "los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los Derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a jurisdicción".

De lo anterior podemos deducir sin duda alguna, que la intención del constituyente en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no fue otra que pronunciarse a favor del carácter ejecutable (*self-executing)* de las disposiciones de tratados de Derechos humanos y en este sentido, su exigibilidad es directa e inmediata. Esto tiene su razón de ser, porque el objeto y naturaleza de una Convención de Derechos Humanos, así como la intención de los Estados al ratificar dichos tratados, es reconocer en favor de individuos como terceros beneficiarios, ciertos Derechos y libertades fundamentales.

III. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

Es importante señalar, que después de la entrada en vigencia de importantes tratados de Derechos humanos, se han creado diversos órganos de supervisión y

11. Cfr: Remiro Brotóns, Antonio, y otros. *Derecho Internacional,* Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 364.

12. Cfr: Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, N° 17, Pág.32.

control, como el Comité de Derechos humanos y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, que han contribuido a reafirmar la naturaleza de los tratados de Derechos humanos y a aclarar el alcance del actual concepto de soberanía, en donde se le coloca un muro de contención a los Estados, para evitar que cobre vigencia el argumento de *Joseph Goebbels* en 1933 en el Consejo de la Sociedad de Naciones, en relación a la queja de un judío: "Somos un Estado soberano y lo que ha dicho este individuo no nos concierne. Hacemos lo que queremos de nuestros socialistas, de nuestros pacifistas, de nuestros judíos y no tenemos que soportar control alguno ni de la humanidad ni de la sociedad de Naciones". Es claro que un Estado no puede libremente disponer de la persona humana, y la inobservancia de la protección de estos Derechos sería violatorio de una norma imperativa de Derecho Internacional general o de *ius cogens*, ya que la propia comunidad internacional de Estados en su conjunto se ha erigido como un supervisor de los Estados en relación a los Derechos fundamentales del hombre.

1. El Privy Council Britanico

La actuación del *Privy Council Británico* en el asunto *Pratt y Morgan,* es el caso más emblemático relacionado con la manera en que el Derecho internacional ha penetrando y trasformando el Derecho interno. Se trata de la apelación de una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Jamaica presentada al *Privy Council (Consejo Judicial del Monarca) Británico,* reunido en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica. El propósito de la apelación era impugnar, conforme a la Sesión 17 de la Constitución de Jamaica,[13] la legalidad de la pena capital impuesta a los dos peticionarios. En 1979, los recurrentes fueron declarados culpables de asesinato en Jamaica y se les impuso la pena capital. Desde esa fecha y hasta que se dictara la sentencia, en este caso el día 2 de noviembre de 1993 *(un total de más de 14 años)* estuvieron recluidos en el área de la prisión reservada para los condenados a muerte. Durante ese período, su ejecución fue suspendida temporalmente en tres ocasiones. Cada vez, sin embargo, se les llegó a leer la orden de ejecución y fueron trasladados hasta las celdas próximas a la horca, en espera de ser ejecutados.

En este caso, abundan los ejemplos de violaciones graves al debido proceso por parte de los tribunales jamaiquinos durante el proceso de apelación,

13. La Sesión 17 de la Constitución de Jamaica dice lo siguiente: "(1) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (2) Nada de lo contenido o actuado de conformidad con una ley, será considerado incompatible o violatorio de esa sesión, en la medida en que esa ley autorice la imposición de cualquier tipo de castigo que era legal en Jamaica en la época inmediatamente anterior al día fijado." La frase "día fijado" se refiere al día en que Jamaica obtuvo su independencia del Reino Unido.

así como una conducta judicial destinada a impedir apelaciones rápidas, todo lo cual ha sido consignado en detalle en la sentencia del *Privy Council* que conmutó sus condenas a cadena perpetua. Al tomar este paso, los Lores proclamaron que: *"en cualquier caso donde la ejecución ha de llevarse a cabo más de cinco años después de dictarse la sentencia, existe un sólido fundamento para considerarse que tal demora equivale a 'penas o tratos inhumanos o degradantes'"* conforme a la Sesión 17.1 de la Constitución de Jamaica. La sentencia señaló, que este principio es aplicable a los demás prisioneros que se encuentren bajo pena de muerte en Jamaica.

Es importante destacar, que esta conclusión del *Privy Council* revocó su propia decisión en *Riley contra Procurador General de Jamaica.*[14] En ese caso, una mayoría de los Lores había interpretado la Sesión 17 de la Constitución de Jamaica, en el sentido de que: *la ejecución de una persona debidamente convicta, no podía impedirse por el mero hecho de que ésta hubiera sufrido una demora irrazonable*, (en esa ocasión se trataba de alrededor de siete años). La decisión de la mayoría en el caso de *Riley* se basaba en la opinión de que la Sesión 17.1 de la Constitución de Jamaica, que declara que: *"nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"*, no era aplicable a casos de ejecuciones aplazadas, porque ese tipo de ejecución no hubiera sido ilegal antes de la independencia de Jamaica, y por ende, quedaba cubierto por la excepción que establece la Sesión 17.2 de esa manera tan restrictiva. Al optar por no adherirse al precedente establecido en *Riley,* el *Privy Council* en el presente caso hizo suya la opinión de esa minoría y concluyó, que las ejecuciones aplazadas independientemente también se hubieran podido impugnar antes de ganar Jamaica su independencia.

La sentencia de *Pratt y Morgan* se distingue de otras sentencias, en el hecho de que el *Privy Council* fundamentara su opinión en decisiones adoptadas por tribunales internacionales[15] que respaldan su conclusión, de que el retraso en la ejecución de los recurrentes equivale a trato inhumano según la Constitución de Jamaica. En este sentido citó la decisión de fecha 09 de junio 1987, emanada de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* que

14. Cfr: *Riley v. Attorney General of Jamaica*, (1983), 1 A.C. 719.

15. Los peticionarios *Pratt y Morgan* habían llevado sus casos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Tenían el Derecho a hacerlo por haber ratificado Jamaica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto. Este último instrumento, otorga al Comité la competencia necesaria para recibir comunicaciones de particulares, mientras que la Comisión adquiere esa competencia con respecto a peticiones individuales tan pronto el Estado en cuestión ratifique la Convención Americana.

determinó que el trato recibido por los peticionarios equivalía a "trato cruel, inhumano y degradante" según el artículo 5.2 de la Convención Americana e impulsó a la Comisión a solicitar al Gobierno de Jamaica que conmutara las ejecuciones, cosa que el Gobierno se negó a hacer.[16]

El *Privy Council* citó de igual forma, las actuaciones ante el *Comité de Derechos Humanos* y se refiere al hecho de que el Comité falló a favor de los peticionarios en varias áreas.[17] El Comité decidió, por ejemplo, que las actuaciones realizadas en Jamaica violaron una serie de disposiciones del Pacto relativas al debido proceso. El Comité había arribado a dos conclusiones. Determinó primero, que en casos que conllevan la pena capital, el aplazamiento indebido de las diligencias judiciales podría en determinadas circunstancias constituir una violación del artículo 7. No obstante, encontró que los peticionarios no habían podido comprobar su demanda en ese sentido. La segunda conclusión del Comité, fue que Jamaica había violado el artículo 7 porque esperó hasta 45 minutos antes de la hora fijada para la ejecución para informar a los peticionarios que se les había concedido una suspensión de la ejecución hacía ya diez horas, recluyéndolos todo ese tiempo en la celda reservada a los sentenciados a muerte. La conclusión general del Comité, citada *in extenso* por el *Privy Council,* fue la siguiente:

> "En opinión del Comité en los casos de pena capital, los Estados Partes tienen el deber imperativo de observar rigurosamente todas las garantías de un juicio justo previstas en el artículo 14 del Pacto. Aunque en el presente caso el artículo 6 no está directamente en cuestión, ya que la pena capital no es en sí misma ilegal según el Pacto, no debería imponerse en circunstancias en que el Estado Parte haya violado alguna de las obligaciones estipuladas en el Pacto. El Comité opina que las victimas de las violaciones del apartado c) del párrafo 3 del artículo 4 y del artículo 7, tienen el Derecho a una reparación; la condición indispensable en las circunstancias particulares es la conmutación de la pena."

Como podemos observar, el *Privy Council* deja muy en claro que, dentro de lo posible, la Constitución de Jamaica debería interpretarse de una manera que no viole estos tratados y recalca que las decisiones de estos órganos cuasijudiciales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, merecen ser tomados en cuenta "con el debido peso y respeto".

---

16. Cfr: Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 9 de junio de 1987.

17. Véase el texto completo de la opinión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Earl Pratt e Ivan Morgan,* Comunicaciones Nos. 210/1986 y 225/1987, fecha de adopción de las observaciones con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, 6 de abril de 1989 (CCPR/C/D/210/1986 y 225/1987, del 7 de abril de 1989.

2. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano. (La sentencia 1942)

Esta sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, de fecha 15 de julio de 2003, hecha por tierra todos lo postulados doctrinales y jurisprudenciales, en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales de Derechos humanos en el Derecho interno venezolano.

Debemos observar que Venezuela forma parte de la sociedad internacional y que, como tal, está sometida a las reglas de Derecho que rigen esa sociedad. Los tribunales venezolanos no pueden ignorar que el Derecho internacional es el que determina las competencias del Estado y el que determina los límites espaciales y materiales dentro de los cuales Venezuela puede ejercer su soberanía.[18]

El punto más controversial de la referida sentencia, está relacionado con el desconocimiento de las recomendaciones emanadas de organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que:

> "(...)Ahora bien, si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales, que por tener la competencia amparen Derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares;(...)."

Sin duda alguna la Sala Constitucional, ha olvidado el contenido material del artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual señala textualmente que:

> Artículo 31. 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.

---

18. Es importante resaltar, que a la luz del Derecho Internacional contemporáneo, *"la soberanía es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados"*. Cfr: Remiro Brotóns, Antonio, y otros. *Derecho Internacional.* Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 75.

> 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.

Frente a tal argumentación es menester señalar que, en cuanto a la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ella no deriva de lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución sino del artículo 31 de la misma. Además, ese carácter obligatorio de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es también el resultado del compromiso asumido por el Estado al aceptar que la misma es un órgano de protección del sistema interamericano de Derechos humanos, según lo previsto en el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: (...) en virtud del principio de buena fe,[19] consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena,[20] si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los Derechos humanos" en el hemisferio, tal como lo señala la Carta de la OEA, en sus artículos 52 y 111. Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución, obligan a todos los órganos del

---

19. Este es un principio rector del Derecho de los tratados, el cual está consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala: *"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*.

20. Es importante señalar, que Venezuela no ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es una codificación. La posición de Venezuela en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, como lo expone el doctor Carmona, parece haber obedecido, independientemente de razones jurídicas de principio, al temor de que aceptada la norma que consagra la aquiescencia, es decir, la confirmación tácita de un tratado internacional viciado de nulidad por una conducta sólo presunta, en tal sentido, podría afectar nuestra justa reclamación del territorio Esequibo, frente a la República de Guyana. Particularmente, si este último Estado y la Gran Bretaña hubieren aceptado también dicha norma, haciéndose ella aplicable en consecuencia, a las relaciones bilaterales entre estos Estados y Venezuela. Es importante, en todo caso, recordar que Venezuela no es parte en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y no está, en consecuencia, obligada convencionalmente por la disposición contenida en el referido artículo 52. Cfr. Toro Jiménez, Fermín. *Derecho Internacional Público*. Universidad Católica Andrés Bello, Publicaciones UCAB, vol. 1, Caracas 2002, Págs. 207 y 343.

Estado venezolano, sin excluir a los tribunales de justicia. Asimismo, en virtud de los principios que rigen en el Derecho Internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Humanos, las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 51 de la Convención, de tomar la iniciativa de demandar ante la Corte para impugnar dicho informe y las recomendaciones en el contenidas.

En síntesis, los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos Venezuela, no sólo están obligados a respetar y garantizar los Derechos explícitamente reconocidos en la Parte I del tratado. También están obligados a respetar y poner en práctica las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, en las áreas propias de su competencia como órganos de protección de los Derechos humanos dentro del sistema interamericano. Esta obligación de los Estados partes, no es solamente una emanación de la recta aplicación de Derecho internacional general, sino que también cae dentro del supuesto de aplicación del artículo 2 de la Convención, que debe asegurar la efectividad en el orden interno del ejercicio del Derecho de petición previsto en el artículo 44 de la misma; y del Derecho a la protección internacional de sus Derechos humanos en los términos que dicho tratado lo establece y que los Reglamentos de la Comisión y de la Corte organizan. La efectividad de este Derecho, particularmente por lo que toca al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y a la ejecución de las sentencias de la Corte en cada Estado Parte, debe quedar garantizada por "disposiciones legislativas o de otro carácter", tal como lo ordena el artículo 2 de la Convención Americana. Al fin y al cabo, la protección internacional de los Derechos humanos perdería buena parte de su sentido, si su efectividad no formara parte de la garantía del pleno y libre ejercicio de tales Derechos. Ese es, precisamente, el propósito del artículo 31 de la Constitución; pero sería absurdo pretender que toda persona tiene Derecho a recurrir a las instancias internacionales previstas en tratados de Derechos humanos y, al mismo tiempo, negarle eficacia a lo que esos organismos decidan en resguardo de los Derechos de las personas.

IV. CONCLUSIONES

Indiscutiblemente, el Estado venezolano con la adopción de la sentencia 1942, ha experimentado un notable retroceso en lo que se refiere a la aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno, proporcionándole vigencia a vetustas teorias, como la dualista, que sirven de fundamento para utilizar sin

límites el concepto de soberania. Además vacía de contenido la potestad que tienen todos los jueces de la República de proteger la Constitución, al estebercerse en dicho fallo que la Sala Constitucional es a quien le compete interpretar los tratados de Derechos humanos ratificados por Venezuela, contrariándo, en el caso del sistema interamericano, las normas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Creemos que las facultades de Derecho de la universidades de nuestro país, deben asumir un rol más enérgico en lo que se refiere a la instrucción en Derecho internacional de los Derechos humanos, con el fin de formar profesionales capacitados en esta área, lo cual se hace prioritario, ya que los verbos rectores en esta materia son la promoción, protección y defensa de los Derechos humanos, cuyos estandares mínimos deben ser observados y cumplidos por el Estado frente a la comunidad internacional de Estados en su conjuto.

Finalmente, pensamos que la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, debe orientarse a buscar un equilibrio entre las necesidades de la sociedad actual y el cumplimiento de los compromisos convencionalmente contraidos con otros Estados y con la comunidad internacional, interpretando y aplicando un Derecho más abierto a las exigencias éticas y a la protección de la persona humana, que será en definitiva lo que permitirá que la opinión de Ronald Dworkin cobre vigencia al expresar que:

> "la actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor cumpliendo con el pasado. Es por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener".[21]

21. Véase: Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia.* Serie CLA.DE.MA, Filosofía/Derecho, Editorial Gedisa, 1992, pág. 290.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

POR RAFAEL ORTIZ-ORTIZ[1]

I. EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS

1. EL HABEAS DATA COMO DERECHO DE CONTROL DE DATOS

Desde hace algún tiempo hemos venido moldeando la idea que conforman nuestra visión sobre el Habeas Data; se trata de un "derecho" y, al mismo tiempo, se comporta como una "garantía procesal" para tutelar el bien jurídico como derecho, y además, otros valores fundamentales de los individuos en las sociedades organizadas, y en tal sentido:

a) Se trata de un nuevo derecho surgido de la información automatizada (informática) por medio de la cual cada individuo tiene "derecho" de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información; es entonces el derecho a la

1. El autor es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista *Summa Cum Laude* en Derecho procesal y Magíster *Summa Cum Laude* en Derecho procesal. Especialista en Derecho del trabajo por la Universidad Central de Venezuela y especialista en Derecho administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de Doctorado en Derecho (UCAB) y Doctorado en Ciencias Políticas (UCV); Ex profesor de pregrado y postgrado en la Universidad Central de Venezuela; profesor asociado en pregrado y postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pregrado y postgrado en la Universidad de Carabobo y Universidad Arturo Michelena. Profesor invitado en la Universidad Nacional Autónoma de México y de Santiago de Chile, y en las universidades Fermín Toro (Barquisimeto), Bicentenaria de Aragua, Católica del Táchira. Decano de los estudios de Postgrado en la Universidad Arturo Michelena. Ex Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo en la Región Capital (Caracas) y en la Región Centro Norte (Valencia). Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

autodeterminación informativa que implica "control" en sus múltiples facetas: acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros aspectos. Este es la línea de pensamiento por la cual creemos que el Habeas Data puede ser considerado como un verdadero derecho con sustantividad propia;

b) En segundo lugar, se trata de un mecanismo procesal a manera de medio o instrumento para la defensa de otros derechos fundamentales, la intimidad, honor, reputación, libertad, propiedad, todos son derechos que pueden sustentar una "pretensión procesal" encaminada a su defensa. Se trata pues de un límite al ejercicio de la libertad de información de los demás, y sólo en este sentido podemos hablar de un "recurso de Habeas Data".

En efecto, en el marco del desarrollo de la tecnología de la información y el uso abusivo de la información tecnológica el Derecho debe velar para que las personas (sobre las cuales recae esa información automatizada) puedan ejercer algún mecanismo de control, y a nuestro entender:

> El Derecho de habeas data consiste en el reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídico de los pueblos de la posibilidad de control de la información automatizada que sobre personas o grupos (comunidades) pueden encontrarse en manos del Estado o de particulares; este derecho de control implica: acceso, control de la finalidad y el uso, rectificación, y destrucción cuando sea adversa.

Como se recordará el origen etimológico de la expresión habeas data está en el habeas corpus y en tanto que éste implicaba el control sobre el 'cuerpo' de la persona (libertad física individual) para que, quien lo exigiese, pudiese tener control sobre la persona (ubicación física), o mejor aún la expresión "téngase el cuerpo", o "he allí el cuerpo" se aplica perfectamente a la institución de habeas data sólo que esta vez no está referida a la libertad física sino a conocer, mostrar o exhibir el dato, esto es, la información sobre una persona, o información de interés para personas o grupos.

En efecto, como ha señalado la doctrina el habeas data no está referido a una situación relacionada con lo corporal o ambulatorio como la libertad personal, sino que alude al "interés del Magistrado y/o de las personas de conocer en forma directa la registración de los hechos, es decir, el "dato" o "información". De ahí la posibilidad de ordenar la remisión de los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo expresado; y como ha señalado Othón Sidou existe, sin duda, una hermandad entre el instituto de habeas corpus y el habeas data, en el sentido que:

> El instituto clásico y universal garante de locomoción, reconocido en 1215 por la Carta Magna inglesa, pasó a tener cumplimiento deseable a partir del Acto de 1679. Pero su nombre de hábeas corpus ya era conocido desde hace siglos formado por las palabras iniciales de la orden judicial expedida al detentor para que "tome el cuerpo del detenido y venga a someter al tribunal el hombre y el caso". La clara intención es la misma, no obstante la "revolución informática"[2].

Así entonces habeas data significa "que muestre el dato", "que se presente la información", "tenga el dato o la información"; y ese "tener" significa precisamente control tanto de su existencia (de los datos) como de la finalidad y el uso que se le ha dado, y por supuesto, como consecuencia de ello, la posibilidad que su "titular" pueda completar, rectificar, actualizar, proteger, y hasta destruir en el supuesto de que el dato cause un actual o potencial daño a otros derechos fundamentales. Cuando se pone el acento en una serie de derechos pertenecientes al titular del dato, en aras de permitirle autotutelar su propia identidad, puesta en juego en las múltiples operaciones de registro informático que, a diversos fines, es sometida la persona durante el transcurso de su vida, estamos en presencia de un nuevo derecho sustantivizado y comprendida en la noción de Habeas Data como lo anotara BRIAN NIBBLET.

Como ha defendido decididamente PÉREZ LUÑO en España y VITTORIO FROSINI en Italia, este nuevo derecho fundamental (al igual que la libertad informática en el concepto doctrinal mayoritario) tendría por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernan, archivadas en banco de datos; controlar su calidad, lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión. Esta afirmación, sin embargo, encuentra –a nuestra manera de ver– cierta incomprensión en la doctrina, así por ejemplo para mostrar en frecuente error en que se incurre, veamos la afirmación de PUCCINELLI según el cual, ante la afirmación anterior de PÉREZ LUÑO[3] agrega "y por lo tanto opera como medio de tutela de los más variados derechos (intimidad, honor, imagen, etc), posibilitando que ciertas informaciones no se registren, se corrijan o no trasciendan, con independencia de si causan o no daño probable al registrado"[4],

---

2. Vid. OTHÓN SIDOU(92), J.M.: Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y "hábeas data", LL, t, 1992, pp. 1010 y siguientes.

3. Vid. PÉREZ LUÑO(89), ENRIQUE: Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, en LOSANO(89), MARIO Y OTROS: Libertad informática y leyes de protección de datos personales. CEC, Madrid, 1989.

4. Cfr. PUCCINELLI(99), OSCAR: El Hábeas Data en indoiberoamérica. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

pero más adelante agrega: "no parece descabellado identificar en la defensa de la personalidad el bien a proteger; de esta forma, dicho bien jurídico objeto de protección desborda a la intimidad, propiciando la configuración de un nuevo derecho fundamental".

A nuestra manera de ver, el bien jurídico a proteger no es la intimidad ni la defensa de la personalidad sino un derecho propio y autónomo cuyo bien jurídico tutelado es el "control de los datos personales", es decididamente autodeterminación informativa que puede tener como trasfondo otros bienes jurídicos personales o patrimoniales (como el caso venezolano y paraguayo) pero esa no es su "causa" sino sólo una consecuencia.

El habeas data entonces significa bajo esta noción: autodeterminación o control de la información también llamada libertad informática debido al uso que de la información personal pueden hacer los demás, no sólo por un problema de intimidad o privacidad sino por el mero hecho del control de los datos personales o patrimoniales, o el simple acceso a los archivos de la administración para recabar información individual o de interés para comunidades o grupos de personas. El interés subyacente en el ejercicio del derecho no viene dado por una afección de los derechos de la personalidad sino por el ejercicio de la libertad de información en su más amplio sentido.

Muchos autores también conceptúan el habeas data como "una acción judicial para acceder a registros o bancos de datos, conocer los datos almacenados y en caso de existir falsedad o discriminación corregir dicha información o pedir su confidencialidad"[5], sin embargo, la naturaleza jurídica del habeas data no se aviene a la mera consideración de un recurso judicial, o un medio procesal que ciertamente lo es, lo importante es el derecho de acceder y controlar la información a través de cualquier mecanismo procesal. Esa es la razón hemos conceptuado el habeas data como un derecho fundamental y al mismo tiempo como una vía procesal (garantía constitucional) para el ejercicio de ese derecho y otros valores constitucionales como la privacidad o intimidad[6].

---

5. Vid. PALAZZI(2001), ANDRÉS: El habeas data en el derecho argentino, pp. 1 y siguientes.

6. El mismo autor se inclina porque el habeas data se limite a establecer solo aspectos procesales, como se ha hecho en Argentina; el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley nº 24.745 que no solo reglamentaba aspectos procesales sino que creaba un marco regulatorio del manejo de la información por parte de personas públicas y privadas, estableciendo normas limitativas de estas operaciones y con una autoridad de aplicación encargada de velar por el cumplimiento de dicha normativa. Dicha ley fue vetada por el Ejecutivo. En nuestro concepto limitar el habeas data a meros trámites procesales es desconocer una entidad mucho mayor que puede ser de mucho provecho en las sociedades contemporáneas: el derecho fundamental de control de la información que sobre las personas o sus bienes, constan en archivos públicos y privados.

La discusión no está cerrada: si considerar al habeas data como un especial procedimiento de tutela de la dignidad o identidad de la persona, o considerarlo en sí mismo como un derecho de control de la información[7].

2. La autodeterminación informativa

En la configuración del derecho a la autodeterminación informativa ha jugado papel relevante la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1983, a propósito de la Ley del Censo de Población del 4 de marzo de 1982, a la que declara parcialmente inconstitucional por no respetar el "derecho a la autodeterminación informativa", entendido como la posibilidad de "saber quien, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre mí". Así también lo expresa Marcelo Bauzá al señalar:

> "Dentro de este ámbito de reflexiones es donde termina por delinearse el concepto de habeas data, al influjo de los llamados "derechos humanos de tercera generación", y como garantía de salvaguarda de la libertad informática. No es otra cosa que la facultad o derecho de acceso, de connotaciones similares a la acción exhibitoria de habeas corpus propia de derechos correspondientes a la primera generación (libertad física o ambulatoria de la persona), seguida de ciertos correlatos lógicos y necesarios (actualización, rectificación o cancelación del dato en su caso)[8]."

Los españoles han tenido la discusión de si puede afirmarse la existencia de un nuevo derecho fundamental ex artículo 18.4 de la Constitución de 1978,

7. Cuando se discutía en el Congreso de la Nación en Argentina la reciente Ley de Protección de Datos Personales (ley nº 25.326 de octubre de 2000), uno de los senadores intervino para señalar: "Considero que el hábeas data, más que un derecho a la información, es una seguridad de protección a la persona cuando se pueda ver afectada por informaciones ocultas o manipulaciones, ya sea en registros, archivos o bancos de datos del Estado o de particulares, destinadas a proveer informes almacenados, muchos de ellos por error o por malicia. En los fundamentos del proyecto de mi autoría establezco que es una garantía constitucional en defensa del hombre que se ve afectado en su dignidad y considero que no se trata de un derecho a la información, habida cuenta de que este derecho se encuentra protegido, como los restantes, por la acción de amparo. Por eso, reitero, el hábeas data no garantiza el derecho a la información, que encuentra protección por esa vía mencionada, sino que garantiza la dignidad de las personas". Vid. Argentina(2000): Congreso de la Nación: Discusiones sobre la Ley de Protección de Datos, sesión del 26 de noviembre de 1998, consultada en *Website*.

8. Vid. Bauzá Reilly(2000), Marcelo: La protección jurídica de los datos personales y los servicios de información comercail y crediticia, en Vlex. Argentina.

o si se presenta sólo como un medio de protección de otros derechos constitucionales; así por ejemplo, LUCAS MURILLO afirma que:

> "A la vista de la propia dicción del artículo 18.4 de la Constitución española, que este precepto no solo pretende proteger a la intimidad y el honor, sino también el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. Se trata, en consecuencia, de limitar el uso de la informática por cuanto el constituyente estima que del mismo pueden derivarse amenazas para el conjunto de los derechos ciudadanos. El conjunto de componentes normativos del artículo 18 de la Constitución española tiene como punto de referencia a la persona y aquellas manifestaciones de la misma que le son propias[9]."

Sin embargo, el Tribunal Constitucional discurre por senderos un tanto diferentes, no se trata de un derecho límite para garantizar "otros" derechos constitucionales, sino que la autodeterminación informativa es en sí y por sí un nuevo derecho fundamental; esta es la dirección, el juez de la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional, 254/1993, de 20 de julio, fundamento jurídico 6º), tras estimar que el artículo 18.4 de la Constitución española ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva modalidad de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, entiende que estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo de tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"[10].

Así entonces a nuestro entender el derecho de autodeterminación informativa implica el reconocimiento de un derecho fundamental que consiste en el control de la información que sobre nuestros bienes o nuestras personas se encuentren en poder de otra persona (incluso el propio Estado) tanto en archivos automatizados como en archivos manuales y privados. Este control denota, a su vez, diferentes fases: el acceso a la información, la posibilidad de

---

9. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(93), PABLO: La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español, en Revista Colex Estudios de Jurisprudencia, nº 3-4, 1992-1993, pp. 7-59.

10. POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, en Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1989. Se entiende por informática "el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de procesos de datos", art. 1º, párrafo 2º, del decreto de 12 de septiembre de 1970, por el que se regulara la Comisión Interministerial y el Servicio Central de Informática).

rectificación, la actualización o la destrucción si la información se presenta como lesiva de otros derechos fundamentales.

En nuestra definición la autodeterminación informativa es, en sí mismo, un derecho fundamental que tiene su plataforma axiológica en el derecho de información, por un lado, y la tutela de los derechos de la personalidad por el otro; sin embargo, el control de la información es absolutamente independiente de la lesión que pueda darse, en un caso concreto, contra los derechos de la personalidad[11].

A diferencia de la mayoría de las legislaciones constitucionales recientes, nuestra Carta Magna, siguiendo para ello a la Constitución del Paraguay, incorpora ese derecho de control de la información tanto cuando se refiere a los bienes como cuando esa información recae sobre los derechos de la personalidad (imagen, privacidad, confidencialidad, honor, reputación, fama, intimidad, etc.).

Nuestra Sala Constitucional ha puesto límites a ese "control" básicamente en a) la actividad de quien posee la información (debe tratarse de compilaciones o bancos de datos); b) la información debe tener como finalidad el "provecho" propio del compilador, o de terceras personas; y c) la información tiene que resultar real o potencialmente lesiva a los derechos de la persona sobre quien recae la información. En cambio, como vimos, el Tribunal Constitucional español prefiere la ampliación de la noción para ubicarlo como un derecho fundamental independiente, siguiendo con ello la doctrina del Tribunal Federal Constitucional alemán[12].

La autodeterminación informativa y la libertad informática se equiparan para referirse a la misma realidad, aún cuando algunos autores hayan visto en

---

11. Véase en este sentido los comentarios de LAZPITA GURTUBAY(93), MARÍA: La protección de datos personales en la Comunidad Europea, en Cuadernos Europeos Deusto, nº 2, pp. 43-61, 1990; y compare con LATTANZI(90), ROBERTO: La tutela dei dati personal dopo la ratifica della convenzione europea sulle banche-dati, en Rivista di Diritto Informatico, nº 2, pp. 220-229, 1990.

12. El movimiento internacional se inclina por reconocer un derecho fundamental de control de la información con absoluta independencia de la finalidad dada por quien sea el tenedor de la información, e incluso más allá de la tutela de la privacidad o intimidad para dar paso a una manifestación de la libertad; Cfr. HONDIUS(80), FRITS: Data law in Europe, en Standford Journal of International Law, nº 16, pp. 87-95, 1980; también del mismo autor A decade of international law data protection, en Netherlands International Laz Review, vol. 30, nº 2, pp. 103-128, 1983. Cfr. HUCKFIELD(71), LESLIE: Control of personal information, HMSO, ed. London, 1971.

la libertad informática un significado diferente y más amplio que el de la autodeterminación informativa esto es "su ámbito propio –la libertad informática– se extiende, y no se refiere tan sólo al consentimiento necesario en su difusión, sino que además integra en su contenido el derecho de acceso y la facultad de reclamar o requerir la cancelación de determinados datos; lo configuran, en definitiva, como un derecho libertad, al margen del concepto originario del derecho a la intimidad"[13]; así VELÁSQUEZ BAUTISTA, citado por HERRÁN ORTIZ, ha asegurado que la sentencia del Tribunal Constitucional dio origen a lo que se ha denominado el "derecho a la autodeterminación informativa", o la capacidad que el individuo tiene para decidir qué datos facilita o no, y que esta tesis, afirma el autor, ha ido evolucionando hasta llegar a configurarse como "libertad informática"[14].

3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA

El derecho a la libertad informática constituye, según PÉREZ LUÑO, un elemento de legitimación política de los sistemas democráticos con avances tecnológicos, y su reconocimiento supone una condición del funcionamiento del propio sistema democrático, es decir, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales, y comprende el derecho de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivados en bancos de datos (lo que se denominaba habeas data por su función análoga en el ámbito de la liberad de información a cuanto supuso el tradicional habeas hábeas en lo referente a la libertad personal), controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su trasmisión.

Por otro lado, VITTORIO FROSINI ha advertido que si se admite el derecho a la autodeterminación informativa reconoce la facultad del individuo a decidir cuándo y cómo está dispuesto a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla él mismo, esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes informáticos,

13. Vid. HERRÁN ORTIZ(98), A. I.: La violación de la intimidad en la protección de datos personales. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 1998.

14. Véase VELÁSQUEZ BAUTISTA(93), RAFAEL: Protección jurídica de datos personales automatizados. Ed. Colex. Madrid, 1993, apud. HERRÁN ORTIZ(98), A. I.: La violación de la intimidad en la protección de datos personales. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 1998, pp. 81 et passim. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ(80), JAIME: La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español, en Revista de Derecho Público, julio-agosto, 1980.

se reconoce al individuo una tutela legal para conocer y acceder a las informaciones almacenadas en ficheros de datos que les conciernen, así como la facultad de controlar por el interesado la calidad de los datos inexactos o indebidamente automatizados y consentir su transmisión que define el contenido que integra la libertad informática. La libertad informática es entonces, en palabras del autor citado:

> "La nueva fórmula que sustituye al antiguo *right to privacy* en cuanto no tiene solamente un significado negativo, de defensa ante la intervención ajena; también ha adquirido un significado positivo. Ello consiste no sólo en la afirmación de una esfera de privacidad, sino también en la facultad de acceso, control, de rectificación y de cancelación de los datos personales insertos en un banco de datos[15]."

También PÉREZ LUÑO discurre por este sendero de ampliar la frontera de la intimidad para arribar en el sólo derecho de control de los datos, esto es, frente a esta construcción abstracta e irreal, hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la "intensidad social" de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en valores o intereses, públicos o privados, que puedan contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva[16].

Las reflexiones de la doctrina española muestran claramente la importancia de la eventual distinción y el alcance de la autodeterminación informativa. ORTÍ VALLEJO señala que en absoluto puede afirmarse con carácter general que al individuo en el ordenamiento jurídico español se le reconoce un derecho a impedir la utilización o tratamiento de los datos, así como a determinar el destino de los mismos; resulta, a decir del autor, mucho más adecuado la libertad informática por cuanto el mismo Tribunal Constitucional reconoce que la "libertad informática" permite un mayor acercamiento a la esencia de este derecho que consiste en la libertad de control sobre los datos personales, evitando

---

15. Vid. FROSINI(89), VITTORIO: La tutela de la privacidad: de la libertad informática al bien jurídico informático en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, nº 2, pp. 96 y siguientes. Buenos Aires, 1989.

16. Como dice FRANCISCO ZÚÑIGA "Ciertamente, lo valioso de la defensa de PÉREZ LUÑO de la libertad informática, no se puede divorciar en la reconstrucción de un derecho fundamental tácito o implícito de los datos positivos, el catálogo concreto de los derechos fundamentales de la Constitución estatal, y de instrumentos de derechos humanos"; vid. ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: El derecho a la intimidad y sus paradigmas, en Ius et praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, nº 1. Chile, 1997.

de ese modo cualquier connotación de carácter excluyente respecto a la titularidad y utilización de la información[17].

Erróneamente en Venezuela cierto sector de la doctrina ha entendido que la libertad informática significa "brindar protección de los datos de la vida privada y de la vida íntima"[18] cuando precisamente tanto FROSINI como PÉREZ LUÑO, sus creadores, han venido explicando que se trata de un derecho autónomo de control de información (atente o no contra la vida privada) que se encuentren en bancos de datos o archivos públicos o privados).

II. EL DERECHO EUROPEO SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS

1. LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO EUROPEO

Según comenta MIGUEL EKMEKDJIAN, el Consejo de Europa es un órgano paracomunitario de la Unión Europea integrado por los jefes de Gobierno o los jefes de Estado de los Estados miembros de la Unión; y también es un foro de intercambio de opiniones sobre los principales temas que corresponden a la Unión Europea y a Europa, en general, sin mediaciones ni interferencias burocráticas; y debemos aclarar que una cosa es la protección de la vida privada en general como derecho fundamental, que había sido reconocido a nivel internacional por la Declaración Universal y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos[19], y cosa distinta es la específica protección de la privacidad e intimidad por el uso de la tecnología informática.

La preocupación por la protección de las personas frente al avance del manejo de datos sobre sus personas a través de medios electrónicos había sido una preocupación en varios países de Europa, tanto que la Asamblea

17. Véase ORTÍ VALLEJO(94), ANTONIO: El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática. A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio, en Derecho Privado y Constitución, nº 2, Enero-abril, pp. 330-331. Madrid, 1994; Cfr. LÓPEZ-IBOR MAYOR(93), VICENTE: Los limites al derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la Ley española de protección de datos (LORTAD), AI, nº 8, pp. 1 y siguientes. 1993; y RUIZ MIGUEL(95), CARLOS: El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español, en RDG, nº 607, pp. 3218, 1995.

18. Vid. ALVAREZ, MIRIAM Y OTROS(2000): La libertad informática; derecho fundamental en la Constitución venezolana en El nuevo derecho constitucional venezolano, IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche. Ediciones UCAB, Caracas, 2000, pp. 203 y siguientes.

19. Vid. ORTIZ-ORTIZ(92), RAFAEL: *La vida privada, el honor y la reputación. Criterios jurídicos para su diferenciación y alcance.* Edit. Greco. Caracas, 1992.

Parlamentaria en 1968 emitió una llamada al Consejo de Ministros para que éste examinara si las legislaciones internas de los Estados miembros protegían adecuadamente al derecho de los individuos al respeto de la vida privada, dado el "reciente desarrollo de las tecnologías informáticas"[20].

Según comentan EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y CALOGERO PIZZOLO, el estudio demostró que las legislaciones nacionales no estaban plenamente adoptadas a los cambios introducidos por las nuevas tecnologías de la información, por lo que se constituyó el Comité Intergubernamental de Expertos encargado de elaborar las medidas apropiadas a nivel regional europeo. De ese comité –comentan finalmente los autores– emanaron las pautas que en 1973 y 1974 inspiraron la aprobación de dos resoluciones sobre la protección de la vida privada de los individuos, con respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado y en el sector público[21]. Estas resoluciones tienen una importancia histórica ya que son los primeros textos supranacionales donde se recogen "pautas de conducta" para los Estados sobre la protección de datos, y ése fue el origen además del Convenio Europeo con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, conocido como el Convenio 108, sobre el cual volveremos más adelante[22].

Antes de continuar con la regulación europea como base de la legislación de los países miembros sobre la protección de datos, resulta significativo apuntar algunos comentarios acerca de la Ley sobre Procesamiento de Datos y su reglamento en Suecia porque, a nuestro ver, constituye la primera regulación específica o especial sobre el problema. Repárese que la Ley sueca es anterior incluso a las Recomendaciones del Comité Intergubernamental de Expertos de la Unión Europea, y por supuesto, es también anterior al Convenio de Europa; y aunque la doctrina alemana no lo quiera reconocer, fue también anterior a la sentencia del Tribunal Supremo alemán que elevó el derecho de protección de

---

20. Vid. Recomendación 509, 19ª sesión, 3ª parte, del 31 de enero de 1968. Vid. apud EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL Y CALOGERO PIZZOLO(98): Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, pp. 48 y siguientes.

21. Se refieren a la Resolución 73-22 sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector privado, adoptada el 26 de septiembre de 1973; y la Resolución 74-29 sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector público del 20 de septiembre de 1974.

22. Como dice FROSINI, fue el Parlamento Europeo quien reconoció la urgencia de una directiva comunitaria acerca de la *libertad individual y la informática*, a fin de proteger al ciudadano contra los posibles abusos y *evitar la elaboración de legislaciones nacionales contradictorias*. Vid. además FROSINI(84), VITTORIO: *La convenzione europea sulla protezione dei dati*, en Rivista di Diritto Europeo, nº 24, pp. 3-18, 1984.

datos a una clara delimitación constitucional y fundamental. La Ley sueca, sin embargo, perfila por primera vez el "contenido" del derecho y a su posible indemnización en caso de infracción por parte de terceras personas o de los responsables de los ficheros de datos.

2. La legislación sueca sobre procesamiento de datos

Según Oscar Puccinelli, el principio de libre acceso al almacenamiento de datos hunde sus raíces en el siglo XVIII, cuando la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa, dada en Suecia en el año de 1766, a la par de recoger los postulados básicos de la concepción del derecho a la libertad de prensa por entonces reinante (eliminación de todo tipo de censura previa, reconocimiento del derecho de impresión y difusión de ideas propias, etc.), introduce una quiebra histórica fundamental, al proclamar expresamente el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a la documentación oficial; bien es cierto que la vigencia de esta real ordenanza se vio truncada por el advenimiento del absolutismo, pero cobró vida nuevamente con la Ley de Prensa de 1812.

Lo cierto es que el nacimiento de ese "derecho" de acceso a los archivos públicos nace como una necesidad de control por parte de los ciudadanos a la actividad del Estado, desde luego que forma parte del libre juego del ejercicio del poder por parte del Estado (y la necesidad de control de la actividad de los ciudadanos) y el ejercicio de la libertad (que permite a los ciudadanos ejercer control de la actividad del Estado) al menos ésta es nuestra visión. Tan importante fue esa necesidad de control que los suecos se vieron en la necesidad de tutelarlo y garantizarlo en el texto político por excelencia que los es la Ley Fundamental sueca de 1974 cuyo artículo 2° establecía: "En interés de un libre intercambio de opiniones y de una información clara sobre los diferentes aspectos de la realidad, todo ciudadano sueco tendrá libre acceso a los documentos oficiales".

A pesar de la importancia que tiene la Ley sueca de Procesamiento de Datos, ninguno de los autores consultados ha reparado en sus disposiciones, pioneras en muchos aspectos, y que sirvió de pauta para que en otros países europeos adoptaran una legislación parecida. Nos detendremos brevemente a realizar algunos comentarios. La ley en cuestión fue dada en Estocolmo, en el Palacio Real, el 11 de mayo de 1973, y fue modificada por última vez por ley 446/1982, de 3 de junio de 1982, publicada el 21 de junio; comienza por definir lo que entiende por "Datos personales" como toda "información sobre particulares", y por "Ficheros personales" lo define como:

"Fichero, lista u otros apuntes que son procesados con ayuda de computadoras (ficheros electrónicos), y los cuales contienen datos personales que pueden tener relación con la persona sobre la cual tratan los datos."

Define, igualmente, al "Registrado" como la persona privada acerca de la cual existen datos en el fichero electrónico, y al "Responsable del Registro" a la persona a cuyo cargo está el Registro respectivo[23]. Nos interesa resaltar los siguientes aspectos:

"a) No se puede establecer ficheros sobre personas o mantenerlos, que contengan datos sobre sospechas o condenas por delitos; o que hayan cumplido condena o sufrido cualquier otra pena por delito o que hayan sido objeto de internamiento forzado, salvo que por ley y de manera expresa sea permitido;

b) Si hay causa para sospechar que algún dato sobre alguna persona es erróneo, el responsable del fichero debe inmediatamente tomar las medidas pertinentes para verificar la veracidad del dato y, si hay motivo, lo corregirá o eliminará del registro. Si el dato ha sido entregado a otra persona que no sea la registrada, el responsable del fichero, a petición del interesado, hará saber a quien recibió el dato sobre la corrección o eliminación;

c) Si el fichero contiene datos que de acuerdo con su finalidad se pueden considerar incompletos o si en el fichero que contenga listas de personas, falta algo que de acuerdo con la finalidad del registro debe ser incluido, tiene el responsable que agregar los datos necesarios. Siempre que los datos incompletos puedan suponer dar pie a intromisión indebida en la integridad personal o pérdida de derechos, se hará una corrección."

Fundamental importancia reviste la norma contenida en el artículo 10 de la ley que comentamos pues consagra de manera clara el derecho de acceso y rectificación de la información, textualmente dispone:

"A petición del registrado, éste será informado por el responsable del fichero lo más rápidamente posible sobre el contenido de los datos

23. Hemos utilizado la traducción realizada por los colegas MARCOS GONZÁLEZ, HERBERT CORONA y GERT KUMMEROW, por gentileza de nuestro amigo KUMMEROW quien nos facilitó el mimeografiado. En la misma fecha, 11 de mayo de 1973, se dictó el Reglamento de Procesamiento de Datos, nº 291, que reglamenta muchas de las disposiciones de la Ley. A pesar de nuestros esfuerzos no hemos tenido acceso a las diversas modificaciones que ha padecido la ley en cuestión.

> personales que están incluidos en el fichero y contengan información sobre el registrado. Si tal información le ha sido entregada no habrá obligación de entregar nueva información hasta pasados doce meses. La información a que se refiere este artículo será entregada sin costo para el registrado. Si hay causas especiales puede la Inspectoría de Ficheros aprobar que se cobre algún monto por la información que se entregue."

Este artículo no trata de aquellos datos que, según la ley o alguna norma o de acuerdo a la autoridad competente basada en la Constitución, no puedan entregarse al registrado. Por su parte, la norma siguiente prohíbe la entrega de datos personales contenidos en cualquier fichero a otras personas si hay motivo para suponer que esos datos se usarán en procesamiento electrónico en forma ilegal, y si se pretende usar esos datos en el extranjero, se requiere la autorización de la Inspectoría de ficheros, y siempre que ello no suponga la violación de la integridad personal de la persona a la que se refieren los datos. La infracción de las anteriores regulaciones acarrea multa o prisión por un año de los responsables culposa o dolosamente. Estamos de acuerdo con Puccinelli cuando señala que esta fue la primera norma nacional dictada en Europa, puesto que la Ley del *Land de Hesse* sólo tenía alcance en una región específica, y dentro de sus disposiciones destaca la creación de ciertos mecanismos de tutela que son reforzados cuando se trata de información sensible. Conforme lo señala Molina Quiroga, refiriéndose a la ley sueca:

> Esta ley crea un registro público específico obligado a registrar los archivos electrónicos de datos personales, de carácter público o privado. Para gestionar un registro de datos personales debe obtenerse una licencia previa. Cuando los datos registrados sean de los considerados "sensibles", es necesaria una autorización expresa para su funcionamiento de la "Inspección de Datos", que es el órgano de aplicación, con amplios poderes de supervisión.

La ley dispone que debe existir un responsable del banco de datos personales, tanto en el ámbito público como en el privado, que está obligado a adoptar las medidas necesarias para impedir la pérdida, destrucción o acceso no autorizado de los datos y su ulterior cancelación cuando no se correspondan con los fines para los cuales fueron registrados. Así mismo, está obligado a conceder el derecho de acceso a la persona registrada y proceder a las modificaciones o rectificaciones que fuesen solicitadas por ella[24].

24. Vid. MOLINA QUIROGA(97), EDUARDO: *Autodeterminación informativa y habeas data*, en Jurisprudencia Argentina, 2/4/97, pp. 35 y siguientes. Buenos Aires, 1997. Esta ley es pionera en el tratamiento automatizado de datos en Europa y en el mundo.

3. El Convenio 108 del Consejo de Europa

A diferencia de los textos mencionados de 1973 y 1974, el Convenio Europeo 108 tuvo un reconocimiento y valor jurídico indiscutible[25] y, como nos dice Estadella Yuste, al igual que todo convenio posee efectos jurídicamente obligatorios para aquellos Estados que lo hayan ratificado, y:

> "El cumplimiento de sus disposiciones lleva aparejada la responsabilidad internacional del Estado que las ha violado. Estas consecuencias jurídicas no implica que las disposiciones del Convenio 108 sean aplicables directamente en el territorio nacional, ya que no posee un carácter *self executing* y, por lo tanto, los Estados contratantes están obligados a adoptar en su derecho interno unas reglas que desarrollen las cláusulas convencionales."

Sin embargo, muchos países tardaron años en cumplir con el compromiso, asumido en el Convenio 108, de "adoptar en su Derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos enunciados" en el mismo (artículo 4°), y en efecto no sólo España, sino que muchos otros países como Portugal, Bélgica, Italia o Grecia demoraron la aprobación de sus respectivas legislaciones de protección de datos, y como comenta Herrán Ortiz, hasta los años noventa no dispusieron, muchos de esos países, de sus respectivas regulaciones, así Portugal el 29 de abril de 1991, Bélgica el 8 de diciembre de 1992, Italia el 31 de diciembre de 1996 y Grecia el 26 de marzo de 1997, y ciertamente:

> Se sucede en los años setenta y ochenta una larga lista de legislaciones de protección de datos que intentan, con más voluntad que acierto en algunos casos, responder a la comprometida situación que había originado la irrupción de la informática en el tratamiento de datos personales. Así, Suecia en 1973; Francia, Noruega y Dinamarca en 1978;

25. El Convenio 108 se denomina "Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal", dictado en Estraburgo el 28 de enero de 1981, y entró en vigencia el 1° de octubre de 1985, luego, que fuera ratificado por todos los países miembros del Consejo. España lo había ratificado el 27 de enero de 1984. La consulta puede realizarse en el BOE, n° 274, de 15 de noviembre de 1985. Vid. Consejo de Europa. Comisión de Expertos sobre la Protección de Datos Personales: *Problemas legislativos de la protección de datos*, Actas y Documentos de la Conferencia Internacional, Madrid, 11-13 de junio de 1984; y el excelente trabajo de Eugenio Díaz, Francisco, y Eugenio Oliver, Luis(94): *Protección de datos. Análisis comparado de la legislación de algunos países europeos: Alemania, España, Francia y Gran Bretaña*. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Argentina, 1994; y Evans(81), A.C.: *European data protection law*, en *American Journal Comparative Law*, pp. 571-582. Mass, 1981.

Luxemburgo en 1979, Gran Bretaña e Irlanda en 1983 y 1988 respectivamente, y Alemania en 1990, sustituyendo al anterior texto de 1977, aprobaron sus textos de protección de datos personales[26].

Particularmente en España, el impacto o la repercusión del Convenio 108 en el ámbito legislativo español se debe fundamentalmente a lo novedoso de la materia a regular, no en vano –comenta la misma autora– se trata del primer acuerdo europeo en la materia; en segundo lugar, se elabora dicho texto en el seno de una organización de gran prestigio y significación en el ámbito de la protección de los derechos humanos a nivel internacional como es el Consejo de Europa; en tercer lugar, se trata de una norma de mínimos que fija y delimita unas pautas de referencia mínimas que a todos los Estados deben orientar en la aprobación de las correspondientes normas internas de aplicación de las disposiciones contenidas en el Convenio[27].

El sustrato teórico sobre el cual se fundamenta el Convenio es garantizar a las personas físicas, cualquiera fuera su nacionalidad o residencia, el respeto

---

26. Para estudiar el impacto de las Recomendaciones antes aludidas y el Convenio 108 puede consultarse los excelentes trabajos de ALONSO BLAS(96), DIANA: *El futuro de la protección de datos a nivel europeo*. Encuentros sobre Informática y Derecho (1995-1996), pp. 163-175. Universidad Pontificia de Comillas. Aranzadi. Madrid, 1996; de la misma autora *La aplicación de la Directiva europea de protección de datos en España: reformas neesarias en la LORTAD*. Encuentros sobre Informática y Derecho, pp. 141-149. Universidad Pontificia de Comillas. Aranzadi. Madrid, 1997; también en ANCEL(87), PASCAL: *La protectiòn des dones personnelles. Aspects de droit privè francais*, en Revista Internacional de Derecho Comparado, nº 3, vol II, pp. 609-621. París, 1987; AUSEMS(94), EGBERT: *La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales en el marco del Convenio 108 del Concejo de Europa*, en Jornadas sobre "Informática Judicial y Protección de Datos Personales", celebradas en San Sebastián en otubre de 1993. Ed. Vitoria-Gasteiz, 1994; BENNET(92), COLIN J.: *Regulating privacy. Data protection and public policy in Europe and the United States*. Cornell University Press. Nueva York, 1992; BUQUICCHIO(86), GIOVANNI: *Informática y libertades: balance de quince años de actividad del Consejo de Europa*, en Actas de las Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública. Madrid, 1986. DRESSNER(94), STEWART H.: *Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales*, ID, nº 2, pp. 385-584. 1984; DU MORTER, JOS y ALONSO BLAS, DIANA(96): *La transposición de la Directiva de protección de datos en Bélgica*, Al, nº 30, 1996; ESCOBAR DE LA SERNA(96), LUIS: *La protección de datos en el ámbito internacional y en el Derecho comunitario. Comunidad europea*, nº 1, Aranzadi, 1996; también PUCCINELLI(99), OSCAR: *El Hábeas data en indoiberoamérica*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999, pp. 148 y siguientes.

27. El impacto del Convenio 108 en la legislación española puede leerse en HERRÁN ORTIZ(98), ANA ISABEL: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, pp. 193 y siguientes; Cfr. HEREDERO HIGUERAS(94), MANUEL: *La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, en Jornadas sobre Informática Judicial y Protección de Datos Personales, celebradas en San Sebastián. Ed. Vitoria-Gasteiz, Departamento de Justicia Vasco, 1994.

de sus derechos y libertades fundamentales, en concreto el derecho a la vida privada en relación con el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; en su preámbulo se destaca la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos.

El Convenio se divide en un preámbulo y siete capítulos: Provisiones generales; Principios básicos para la protección de datos; Flujo de datos transfronteras; Asistencia mutua; Comité consultivo; Enmiendas; y Cláusulas finales. Su campo de aplicación es definido por el artículo 3°: esta es de aplicación para el tratamiento automatizado de datos y procesamiento automatizado de datos personales en los sectores público y privado; que se aplicará a información relativa a grupos de personas, asociaciones, fundaciones, compañías, corporaciones y otros cuerpos compuestos directa o indirectamente por personas, tengan o no la misma personalidad jurídica, y a archivos de datos personales que no sean procesados automáticamente. En cuando a los principios básicos para la recolección de datos (establecidos en el capítulo II), éstos, pueden ser esbozados siguiendo la explicación de Puccinelli:

> 1. Respecto de los datos personales, que estos sean:
>
> a) Obtenidos y procesados legalmente (los datos sensibles y los relativos a las condenas criminales no deben ser procesados de manera automatizada sin que la ley doméstica provea de medidas de seguridad apropiadas) [28]; b) Acopiados para propósitos específicos y legítimos, y no usados de una manera incompatible con ellos; c) Adecuados, relevantes y no excesivos en relación con los propósitos para los cuales

28. Como antes se analizó, esta situación estaba prevista en la Ley sobre Procesamiento de Datos de Suecia, cuyo artículo 4 establecía: "Los permisos para abrir y mantener ficheros de personas que contengan datos sobre sospechas o condenas por delitos; o que hayan cumplido condena o sufrido cualquier otra pena por delito o que hayan sido objeto de internamiento forzado de acuerdo a la Ley de Protección de Menores (1967: 97), la Ley de Sobriedad (1954: 579), la Ley sobre Internamiento para Tratamiento Psiquiátrico en ciertos casos, la ley (1964: 450) sobre medidas relacionadas con asociación peligrosa o la Ley de Extranjería (1954: 193), podrán ser concedidas a personas que no sean las autoridades permitidas por ley o reglamento para registrar tales datos, solamente cuando haya razones especiales. Las licencias para abrir y mantener ficheros que de alguna forma contengan datos sobre enfermedades, estados de salud o sobre ayuda social, atención por alcoholismo o semejante, o que alguien ha sido objeto de medidas basadas en la Ley de Protección de Menores o en la Ley de Extranjería se pueden otorgar solamente, cuando haya causas especiales, a personas que de acuerdo a la ley u ordenanzas puedan recabar tales datos. Las licencias para abrir y mantener ficheros que contengan datos sobre los puntos de vista políticos o religiosos de alguien, pueden ser otorgadas solamente cuando hayan causas especiales. Ello no se aplica a los ficheros que dichas organizaciones lleven respecto a sus propios miembros".

fueron almacenados; d) Correctos y actualizados; y e) Preservados de modo que se permita la identificación de las personas registradas por un tiempo no más extenso del necesario para el propósito para el cual esos datos fueron almacenados.

2. Respecto de los ficheros computarizados, los derechos a:

a) Establecer su existencia, propósito e identidad y la residencia habitual o lugar principal de negocios su controlador[29]; b) Obtener en intervalos razonables y sin excesiva demora o costo la confirmación de si existen datos personales propios almacenados en el fichero automatizado de datos, así como la comunicación de tales datos de manera inteligible; c)Lograr, según el caso, rectificación o borrado de los datos que hubieran sido procesados en contra de las provisiones de la ley doméstica, dando efecto a los principios básicos establecidos en la convención[30]; y d) Sancionar apropiadamente a quienes violen estas normas[31]; e) Obtener asistencia para ejercer los derechos conferidos por su derecho doméstico, en el caso de las personas residentes en el extranjero.

---

29. El Reglamento de Procesamiento de Datos de la Ley de Suecia (11 de mayo de 1973) establece como condición para obtener la licencia para abrir y llevar un fichero, el establecimiento de la clara identificación del responsable del fichero; una lista completa de los datos que formarán parte del fichero y el cómo y dónde serán obtenidos los datos; también se exige la determinación del procesamiento de los datos con sistema electrónico y el método del procesamiento; entre otros requisitos.

30. La Ley sueca de Procesamiento de Datos establece en su articulo 8°: "Si hay causa para sospechar que algún dato sobre alguien es erróneo, el responsable del fichero debe inmediatamente tomar las medidas pertinentes para verificar la veracidad del dato y, si hay motivo, lo corregirá o eliminará del registro. Si el dato ha sido entregado a otra persona que no sea la registrada, el responsable del fichero, a petición del registrado, hará saber a quien recibió el dato sobre la corrección o eliminación. Si hay causas especiales, puede la Inspectoría liberar al responsable del registro de tal obligación"; el artículo 9° dispone: "Si el fichero contiene datos que de acuerdo con su finalidad se pueden considerar incompletos o si en el fichero que contenga listas de personas, falta algo que de acuerdo con la finalidad del registro debe ser incluido, tiene el responsable que agregar los datos necesarios. Siempre que los datos incompletos puedan suponer dar pie a intromisión indebida en la integridad personal o pérdida de derechos, se hará una corrección"; y por último, sobre este mismo aspecto, el artículo 10 establece: "A petición del registrado, éste será informado por el responsable del fichero lo más rápidamente posible sobre el contenido de los datos personales que están incluidos en el fichero y contengan información sobre el registrado. Si tal información le ha sido entregada no habrá obligación de entregar nueva información hasta pasados doce meses. La información a que se refiere este artículo será entregada sin costo para el registrado. Si hay causas especiales puede la Inspectoría de Ficheros aprobar que se cobre algún monto por la información que se entregue. Este artículo no trata de aquellos datos que según la ley o alguna norma o de acuerdo a decisión de autoridad competente basada en la Constitución, no puede entregarse al registrado".

31. La Ley sueca establece sanciones de multa o prisión de hasta un año a quienes quebranten las normas de la Ley de Procesamiento de Datos (artículo 20).

Fernández Segado[32] comenta que el Convenio tiene como finalidad garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o residencia, el respeto, en general, de sus derechos y libertades fundamentales y, en particular, de su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona, entendiéndose, a los efectos del Convenio, por "datos de carácter personal" cualquier información relativa a una persona identificada o identificable (persona concernida), y por "tratamiento automatizado", las operaciones de registros de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógico–aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión o cesión de datos automatizados, operaciones todas ellas efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados.

4. El derecho fundamental a la autodeterminación informativa y el Tribunal Constitucional Federal alemán

Según Puccinelli, el proceso de reconocimiento del derecho a controlar los datos personales se inicia en la Constitución de Weimar de 1919 (aunque a nuestro ver no de manera exclusiva), que en su artículo 129 establecía ciertas

32. Vid. Fernández Segado(97), Francisco: *El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España*, en Seminario Iberoamericano sobre la acción de "habeas data", en Talca, Chile, abril de 1977. Véase también Kayser(84), Pierre: *La protectión de la vie privèe*. Presses Universitaires D'Aix-Mairseille, 1984; Lattanzi(90), Roberto: *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della convenzione europea sulle bache-dati*, en *Rivista di Diritto Informatico*, nº 2, pp. 220-229, 1990; también Lucas Murillo de la Cueva(93), Pablo: *La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español*, en Revista Colex Estudios de Jurisprudencia, nº 3-4, 1992-1993, pp. 7-59. Martín-Casallo López(96), Juan José: *La Directiva 95/46/CE y su incidencia en el ordenamiento jurídico español*, Actas de las Jornadas sobre Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia de Protección de Datos. Madrid, 1996; y del mismo autor *Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española*, en Encuentros sobre Informática y Derecho (1996-1997), Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, 1997; Pérez Luño(89), Antonio: *La incorporación del Convenio europeo sobre la protección de datos en el ordenamiento jurídico español*, en Revista ICADE, nº 17, pp. 27-44. Madrid, 1989; Rigaux(89), Francoise: *Le regime des dones informatices en droit du traitement à des banques de donnèes*, París, 1989; y *La loi aplicable à la protection des individus à l'egard du tratement automatisè des données de caractere personnel*, en *Revue Critique de Droit International privé*, nº 69, pp. 443-478. Paris, 1989; Ripolli Carulla(89), Santiago: *El convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal: balance a los siete años de su apertura a la firma*,. En Congreso sobre Derecho Informático, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1989; y del mismo autor *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centre d'investigaciò de la comunicaciò i Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993.

reglas mínimas relativas al debido proceso en los procedimientos disciplinarios realizados a los funcionarios públicos, dentro de las cuales se reconocían los derechos de acceso al expediente personal y que no fueran anotados datos desfavorables en su legajo sino hasta después de haber tenido oportunidad de formular su descargo.

Sin embargo, como se ha reconocido, el *Land de Hesse* adoptó, en 1970, la primera ley, ciertamente de vigencia territorial limitada, destinada específicamente a la regulación de la problemática del tratamiento de datos personales –que también fue la primera en designar un funcionario encargado de velar por el cumplimiento de la ley– y con la cual realmente puede comenzar a aludirse a un verdadero derecho a la protección de los datos. Como dicen Ekmekdjian y Pizzolo:

> Corresponde al Parlamento del *Land de Hesse*, en la República Federal de Alemania, el mérito de haber promulgado el primer texto legal de protección de datos: la Datenshutz del 7 de octubre de 1970. Esta ley pionera marcó el comienzo de un recorrido que culminaría en la Datenshutz federal alemana, promulgada el 27 de febrero de 1977[33].

El ámbito y el objeto de la ley es la protección de datos y "tiene como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona, de abusos cometidos con ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación o cancelación de datos" (art. 1°), y el eje central de la ley federal, como la de Hesse, viene constituido por la creación del Comisario Federal para la protección de datos (Bundesbeauftragter für den datenshutz), a quien le corresponde velar por el cumplimiento de la norma y recibir las quejas de los eventuales perjudicados. El desarrollo de la protección de datos en la República Federal Alemana, según Hassemer y Chirino Sánchez, tiene dos etapas diferenciables: en primer lugar, la sentencia sobre la Ley de Censos, y como dicen los autores:

> Luego de las discusiones de los años sesenta que se llevaron a cabo en la República Federal de Alemania, sobre todo desde el punto de vista normativo, se cumplió la primera etapa importante en el camino hacia la institucionalización de un derecho a la protección de datos. Fue cumplida esta primera etapa con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en relación con la Ley de Censos de 1983. Esta sentencia fue preparada, muy especialmente por las Leyes de Protección de Datos como la de Hesse del año 1970. El senado se apoyó en estas experiencias, confirmó ciertas líneas de desarrollo y las fortaleció.

33. *Opus cit*, pp. 32 y 33.

A esta sentencia se debe la popularización del *recht auf informationelle selbstbestimmung* en el mundo jurídico, y se dictó el 15 de diciembre de 1983, en el cual se discutía la constitucionalidad de la Ley de Censo de Población (*Volkszählungsgesetz*), según el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. La dignidad y la libertad, entendida como autodeterminación, derivan de la facultad de la persona de "deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida"; por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación:

> Un orden social y un orden jurídico en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él (...). Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos[34].

El Parlamento Federal (Bundestag) había votado, con la voluntad expresa de todos los partidos, una Ley de Censos (aparecida en el periódico oficial de publicación de leyes federales, vol. I, 1982) que obligaba al ciudadano, en interés de una perspectiva estatal, a una serie de respuestas que abarcaban la zona de datos privados. Contra esta tendencia general ya se había manifestado la sociedad, y el Tribunal Constitucional alemán le dio a esa oposición una forma jurídica[35]. Conforme se sostuvo en el recurso que motivó la decisión, lo que tornaba inconstitucional la toma de datos era la combinación de los mismos y su adscripción a la persona (confesión, religión, conocimiento de otros, sucesivos domicilios, medios de comunicación utilizados, dirección del lugar de estudio o trabajo, clases de ingresos, etc.).

Siguiendo a Ekmekdjian y Pizzolo, puede decirse que el "derecho a la autodeterminación informativa" constituye la facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que abarca todas las fases de elaboración y uso de datos, es decir, su acumulación, transmisión, modificación

---

34. La sentencia, en su texto íntegro, puede ser consultada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España, 1984, nº 33, pp. 152-153.

35. Vid. HASSEMER, WINFRIED y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO(97): El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.

y calificación; ambas categorías se condicionan mutuamente y representan los dos aspectos de una misma moneda, en este caso en que está en juego un derecho fundamental. Como dice Pérez Luño, la "protección de datos" carecería de sentido si no se tradujera en un conjunto de garantías para las personas, pero al mismo tiempo, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa serían inconcebibles de no contar como presupuesto una opción axiológica más allá del marco organizativo de la información[36].

El Tribunal Constitucional alemán advirtió, sin embargo, que el derecho a la autodeterminación informática no carece de límites. El ciudadano de un Estado social de Derecho –señaló–, no tiene un derecho sobre "sus datos", en el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada, sino que es una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la comunicación e información resultan imprescindibles. El individuo –a tenor de la decisión– tiene que aceptar determinadas limitaciones de sus derechos a la autodeterminación informática en aras del interés preponderante de la colectividad[37]. Entre los rasgos generales de la sentencia puede señalarse:

a) La utilización de los datos solamente para el fin señalado por la ley (principio de la sujeción al fin, o *zweckbindung*;

b) Disposiciones paralelas de tipo procedimental como la prohibición de entrega y utilización para otros fines de la información o deberes de aclaración al afectado, información para él y la destrucción de los datos llegado el fin de un determinado plazo;

c) Institucionalización e involucramiento de Comisionados de la protección de datos independientes.

Concluye Puccinelli que en definitiva esta decisión rescata la facultad de disponer de la información personal y de su uso en todas las fases del tratamiento de los datos. Analizando los fundamentos utilizados por el Tribunal para el reconocimiento de este nuevo derecho, se observa su ligazón al principio básico del ordenamiento jurídico de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: el valor y la dignidad de la persona que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre; dignidad y libertad que, traducidas en

36. *Opus cit*, pp. 24-25.

37. Vid. PÉREZ LUÑO(87), ANTONIO: *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*. Fundesco, 1987, pp. 27 y siguientes; Vid. ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, nº 1. Chile, 1997.

autodeterminación, permiten extractar las facultades conferidas a la persona por la sentencia[38].

Además de este expreso reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la autodeterminación informativa, se había sancionado la Ley Federal para la Protección contra el Uso Ilícito de Datos Personales en 1977; esta ley se aplica a todo tipo de registro, sea automático o manual, pública o privada, si se procesan en ellos datos personales; para la habilitación de un registro, al igual que la ley sueca, se requiere autorización legal o consentimiento expreso del interesado (art. 3).

El derecho de acceso a los datos por parte del individuo y la obligación de la entidad responsable de los datos de adoptar las medidas adecuadas para su protección aparecen regulados en los artículos 4 y 6 de la ley. Las oficinas públicas pueden recolectar y reproducir información sólo en cumplimiento de sus funciones específicas; la creación del registro debe ser comunicada al ciudadano y publicada en el Boletín Oficial, encontrándose exentas de esta obligación cuando los registros se refieran a cuestiones relacionadas con el servicio de información federal, el servicio de seguridad militar, la defensa de la Constitución y la defensa nacional. El presente procedimiento es controlado por un "delegado federal para la protección de los datos personales", que es designado por el Presidente de la República. Dicho funcionario lleva un registro

---

38. Para estudiar esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán recomendamos revisar la sentencia en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España, 1984, nº 33, pp. 152-153; además en doctrina recomendamos PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, pp. 95 y siguientes; HASSEMER, WINFRIED y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO(97): *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(93), PABLO: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993; y del mismo autor *La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español*, en Revista Colex Estudios de Jurisprudencia, nº 3-4, 1992-1993, pp. 7-59; EKMEKDJIAN, M., Y CALOGERO PIZZOLO(h)(98): *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Edic. Depalma, Buenos Aires, 1998; ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: *Derecho a la intimidad y habeas data (Del recurso de protección)*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997; y del mismo autor *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, nº 1. Chile, 1997; DARÍO BERGEL(94), SALVADOR: *El habeas data: instrumento protector de la privacidad*, en Revista de Dereco Privado y Comunitario, nº 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994; HERRERO-TEJEDOR(98), FERNANDO: *La intimidad como derecho fundamental*. Edit. Colex-diputación provincial de Castellón, España, 1998; también puede leerse *Libertad de expresión, derecho a la intimidad y protección de datos*, en Revista Fundesco, nº 128, abril, 1992. ALEXEI(93), ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

de bancos de datos automáticos que pueden ser consultados por todo interesado y sobre el que se pueden hacer modificaciones.

En los bancos de datos privados se distingue entre los propios –que no poseen regulación de ningún tipo, interviniendo la autoridad sólo en caso necesario– y los que son llevados por encargo de terceros, que están reglamentados y en los cuales la autoridad de contralor puede intervenir por denuncia particular o de oficio. La supervisión de las actividades del sector privado la realiza un "ombudsman" o controlador de la protección de datos personales, que debe ser nombrado por cada empresa que procese datos por medios automáticos y en la que intervengan más de cinco empleados (art. 28). Se fijan penas de multa y arresto para el caso de incumplimiento total o parcial de la ley.

No hay duda de que cuando se precise el camino recorrido para la tutela y la protección de los datos personales, tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa como esta decisión del Tribunal Constitucional alemán tienen garantizados sitiales claves en esa historia: el reconocimiento legislativo de los límites en la actividad de acumular información por parte del Estado y los particulares, y el reconocimiento del derecho de autodeterminación informativa como un nuevo derecho fundamental, son los pilares claves para comprender el instituto de habeas data.

Los alemanes, en ese sentido, nos ofrecen una panorámica certera: la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público (art. 1° de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania); este principio de la dignidad debe vincularse, de modo necesario, con lo preceptuado en el artículo 2.1 según el cual "Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o la ley moral".

5. La Legislación Europea sobre la Protección de Datos

Después del Convenio 108 analizado precedentemente, la Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria adoptó la recomendación nº 1.037 relativa a la protección de datos y la libertad de información, la cual constituyó una invitación a los países miembros para la ratificación del Convenio 108, tanto que expresamente se señaló: "se invita a los gobiernos de los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho, a ratificar el Convenio relativo a la protección de los individuos respecto al tratamiento automatizado de datos de

carácter personal" [39], y un año más tarde, el 17 de diciembre de 1987, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la recomendación R (87) tendente a reglamentar la utilización de los datos de carácter personal en el sector policial. Sucesivamente se ha producido en Europa una profusa legislación internacional sobre diferentes aspectos, a saber:

a) Directiva relativa a la protección de datos personales (1995) (Directiva 95/46/CE dirigida a los Estados miembros);

b) Los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados en datos personales (ONU, 1990), establecido por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/95 de 14 de diciembre de 1990;

c) La Recomendación relativa a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y a los flujos transfronteras de datos personales (establecido por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo);

d) El Acuerdo de Schengen entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes[40].

De manera casi unísona se fueron produciendo en los países europeos las regulaciones propias la protección de los datos personales y el tratamiento automatizado; además de la ley sueca, que como vimos tiene la virtud de ser pionera en este campo, se destacan:

A. Ley de Informática, Ficheros y Libertades de Francia (Loi relative à l'informatique, aux fichers et au libertès)

Fue dictada como ley de Estado en París el 6 de enero de 1978; la ley fue reglamentada por Decreto nº 78-774, de 17 de julio de 1978, de aplicación

39. Vid. POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, en Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1989.

40. Este convenio recoge dentro de sus disposiciones, concretamente en el título VI la "protección de los datos de carácter personal" (arts. 126, 130), que fue luego precisado por el Convenio de aplicación del Acuerdo, que dedica su título cuarto al "sistema de información de *Schengen*". Para un estudio detallado de estos convenios, acuerdos y resoluciones recomendamos ESTADELLA YUSTE(95), OLGA: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Edit. Técnos. Madrid, 1995; POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: *Opus cit*, pp. 274 y siguientes; FERNÁNDEZ SEGADO(97), FRANCISCO: *El régimen jurídico de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997; y el excelente trabajo de PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, p. 164.

de los capítulos I a IV y VII de la Ley 78-17. Esta ley sobre informática, ficheros y libertades fue elaborada sobre la base de un informe realizado tres años antes por una comisión presidencial, y es, además de aplicación a los registros automatizados de datos sobre personas físicas.

La norma, en el intento de cumplir acabadamente con la misión tutelar, crea la "Comisión Nacional de Informática y Libertades", de composición mixta (Consejo de Estado, Corte de Casación, Parlamento y Tribunal de Cuentas), con facultades reglamentarias, de control, habilitación, información al público, etc. En materia de recolección y tratamiento de datos, prohíbe actuar sobre los datos sensibles sin consentimiento expreso de la persona a la cual se refieren; refiriéndose al sistema francés Zúñiga Urbina, citado a su vez por Oscar Puccinelli, afirma:

> Se observa una paradoja, por una parte, una escasa jurisprudencia constitucional acerca del derecho a la vida privada, y una compleja legislación sobre el control de bancos de datos. Así, la primera propuesta de ley relativa a la creación de un Comité de Vigilancia o de un Tribunal especial de la informática, es del 30 de octubre de 1970 (proyecto de *ley Poniatowski*). Este proyecto de ley no obtuvo aprobación de la Asamblea Nacional pero motivó una modificación al artículo 9º del Código Civil, en el que se introdujo el reconocimiento explícito del respeto a la vida privada. Sin embargo, el proyecto gubernamental "Safari" (1974) dio origen a un debate nacional, al establecer un número nacional único para cada ciudadano, aplicable a todos los registros y ficheros públicos, manuales o electrónicos[41].

Sigue diciendo el autor que el Presidente galo designó una Comisión para elaborar un informe sobre "Informática y libertad", emitido en 1975. Tal informe fue la base de a Ley de 1978 (78/17) que crea una Comisión Nacional de Informática y Libertad, y ejerce funciones de control y vigilancia de las normas legales, funciones de consulta y propone proyectos de ley al gobierno. En la dogmática francesa, el derecho a la vida privada es una garantía de la libertad individual, que se trata unida a la libertad de disponer de sí mismo (cuerpo), el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de la personalidad y el derecho a mantener un estatuto personal.

En cuanto al marco normativo del derecho a la protección de la vida privada, se desagrega en razón de sus componentes: inviolabilidad del domicilio,

---

41. Vid. ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: *Derecho a la intimidad y habeas data (Del recurso de protección)*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997.

inviolabilidad de la correspondencia; secreto profesional, que se denominan disposiciones puntuales; en lo que hace a la informática, la Convención del Consejo de Europa 108 fue introducida al derecho francés por ley de 19 de octubre de 1982 y decreto 85-1203 de 1985.

En el marco reseñado, los datos personales (informaciones nominativas) que permiten identificar a personas físicas están cubiertas por la vida personal íntima, que es inviolable, por lo que excluye la configuración informática de un perfil de la persona. En razón de lo expuesto el marco legal somete a control el tratamiento automatizado de información nominativa, campo en que la autoridad administrativa independiente, la Comisión Nacional de Informática y Libertades, cumple importantes funciones, en particular de informar a personas concernidas y de controlar la aplicación de la informática al tratamiento de informaciones nominativas.

De esta manera, sobre la base de un régimen legal de recolección y conservación de informaciones que contienen resguardos y garantías para las personas, se hacen distingos de procedimientos según la naturaleza de la información nominativa: informaciones muy sensibles, informaciones sensibles e informaciones neutras[42].

b. La Ley Federal de Protección de Datos de Austria (Federal Data Protection Act)

Cuando en Francia se dictaba la ley especial sobre ficheros y España elevaba a rango constitucional el derecho de protección de la vida privada a través del control de datos, el 18 de octubre de 1978 se dictaba en Austria la Ley Federal de Protección de Datos; esta ley fue modificada por ley de reforma de 27 de junio de 1986, Ley 370/1986. En ella concede el derecho fundamental (con rango constitucional) a la protección de datos tanto a las personas físicas como jurídicas frente a los registros públicos y de los privados sobre la base de la necesidad de control que deben ejercer los ciudadanos sobre sus propios datos personales. Respecto del tratamiento de datos nominativos, se dispone que éste sólo puede hacerse cuando se trate de bancos de datos públicos, cuando una ley lo disponga o tal tratamiento sea imprescindible para cumplir con fines legítimos. Se crea un registro de procesamiento de datos, en el cual los bancos privados se deben inscribir luego de ser aprobados por la Comisión de Protección de Datos, a la cual se le adjudican facultades variadas de índole administrativa y judicial.

42. Vid. *Idem apud.* PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, pp. 168, *in nota 20.*

c. *La Ley de Registros Públicos y Privados de Dinamarca (Publica and Private Authorities' Registers' Act)*

Esta ley fue sancionada el 8 de junio de 1978 con el nº 293, y modificada por ley nº 383 de 10 de junio de 1987; como complemento puede citarse también la Ley de Ficheros de las Autoridades Públicas, nº 294, de 8 de junio de 1978, modificada por la mencionada ley de 1987, que ha sido reglamentada en la Orden de Aplicación de la Ley del Ministerio de Justicia nº 621, de 2 de octubre de 1987. Regula, en dos cuerpos diferentes, los registros del sector público (a excepción de los servicios de información policiales y de las fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional) y los del sector privado (a excepción de los que se lleven con fines científicos o estadísticos).

Los registros públicos –y sólo ellos– deben contar con la previa autorización ministerial para funcionar y son controlados por la "inspección de registros" y podrán contener sólo los datos necesarios para cumplir con las tareas que se les adjudican (los que deben modificar o, en su caso excluir de oficio), y no se encuentran habilitados para registrar los referidos a cuestiones personales[43]. Dinamarca reformó las normativas en dos ocasiones: la primera en 1987, que amplió el derecho de acceso de los sujetos de los datos, y más adelante, en 1991, en la cual se simplificó el control de los ficheros públicos, y como dice Eddy Peers, el ambito de aplicación de la ley ha sido ampliado y aumentado sensiblemente el número de instituciones que se ven afectadas por la misma[44].

Además de estas leyes mencionadas, se encuentra la ley de 8 de diciembre de 1992, relativa a la protección de la vida privada en relación con los tratamientos de datos de carácter personal de Bélgica; el texto coordinado de 2 de octubre de la ley del 31 de marzo de 1979, de regulación de los datos nominativos en los tratamientos informáticos de Luxemburgo; la ley 48, de 9 de junio de 1978, modificada por la ley de reforma de 12 de junio de 1987 de Noruega, y la Orden del Ministro de Justicia de 21 de diciembre de 1979,

---

43. Ibidem, p. 168 in nota 22.

44. La reforma de 1987 entró en vigencia el 1º de abril de 1988. Vid. CAMERON, EUAN Y BLUME, PETER(88): *Data protection law in the United Kingdom and Denmark*. University of Leicester, 1988; también PEERS, EDDY Y BUCKLEY, BILL(88): *Computers and data protection*. Deloitte, Haskins & Sells. London, 1988, cit apud. LAZPITA GURTUBAY(94), MARÍA: *Análisis comparado de las legislaciones sobre protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea*, en Revista de Informática y Derecho nº 6-7. Centro Regional de Extremadura. UNED, Mérida (España), pp. 397 y siguientes.

dictada en la Resolución real de 21 de diciembre; la Ley nº 10/91, de protección de datos con respecto a la informática de Portugal.

d. La diversa legislación española

a. La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) de 1992

La derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos fue aprobada el 29 de octubre de 1992 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21/10/92, nº 262, y enumerada Ley Orgánica 5/1992. Se dictó para cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 18.4 y con el compromiso asumido con la ratificación del Convenio Europeo 108 del cual ya hemos hecho referencia; de hecho, dice Herrán Ortiz, el esquema de la LORTAD no responde a una idea originaria ni original del legislador español, bien al contrario, se trata de una fórmula importada de legislaciones europeas anteriores a la LORTAD, y que ya había introducido el Convenio 108 del Consejo de Europa; según nuestras investigaciones ese Convenio se nutrió, a no dudarlo, de la experiencia legislativa de algunos países europeos como Suecia, Alemania y Austria. La Constitución española establece en su art. 18.4 que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", y en el artículo 20.4:

> Estas libertades (las libertades informáticas, de cátedra y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La exposición de motivos de la LORTAD define como su propósito la limitación, que no prohibición, del uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales de la persona ante los riesgos que el fenómeno informático comporta; se trata –como dice Herrán Ortiz– de armonizar los intereses generales, representado en el avance tecnológico e informático y los intereses particulares de cada ciudadano en sus derechos individuales. La siguiente cita de la exposición de motivos de la Ley puede resultar esclarecedora:

> La Constitución española, en su artículo 18.4, emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. La aún reciente aprobación de nuestra Constitución y, por tanto su moderno carácter, le permitió expresamente la articulación de

> garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática. El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer, de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así –dice la exposición de motivos– porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se envanecieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy. Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos –sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado "dinero plástico", sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner sólo algunos ejemplos– relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquélla a la que sólo deben tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que él autorice. Aún más: el conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor; y este perfil, sin

duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente ley. La Ley se nuclea –según la exposición de motivos– en torno a los que convencionalmente se denominan "ficheros de datos", y es la existencia de estos "ficheros" y la utilización que de ellos podría hacerse la que justifica la necesidad de una nueva frontera de la intimidad y del honor. A grandes rasgos pudieran resumirse los aspectos más resaltantes:

a) Identifica, como bien jurídico protegido, el concepto de privacidad, término que diferencia de intimidad;

b) Identifica una serie de datos, que la propia Exposición de Motivos de la Ley califica como "sensibles", referidos a los que tengan que ver con la ideología y creencias religiosas, la raza, la salud y la vida sexual;

c) Los datos personales sólo podrán ser objeto de tratamiento automatizado "cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido"; resaltándose la idea de de los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para los que los datos hubieran sido recogidos (art. 2º), que además constituye una reminiscencia de la Ley sueca de Procesamiento de Datos que establecía disposiciones semejantes[45].

45. Para el estudio de la legislación derogada en España recomendamos ACHA ITURMENDI(96), JUAN: *Situación actual de la informática y los datos personales. Algunas reflexiones sobre la situación real de la LORTAD*, pp. 1219 y siguientes; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI(96), MIGUEL: *Los derechos de las personas en la ley de protección de datos personales*, pp. 1305 y siguientes; GRIMALT SEVERA(96), PEDRO: *La disposición final segunda de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), y la reserva de Ley Orgánica*, pp. 1.288. CARRASCOSA LÓPEZ(94), VALENTÍN: *La LORTAD: una necesidad en el panorama legislativo español*, pp. 11 y siguientes; OROZCO PARDO(94), GUILLERMO: *Los derechos de las personas en la LORTAD*, pp. 151 y siguientes; SÁNCHEZ BRAVO(94), ÁLVARO: *La regulación de los datos sensibles en la LORTAD*, pp. 117-132; DE JULIOS CAMPUZANO(94), ALFONSO: *Letra y espíritu de la L.O.R.T.A.D.: ¿un problema de coherencia interna?*, pp. 87-116.

Como quiera que esta ley fue derogada por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) preferimos dejar los comentarios para el capítulo destinado al análisis de la legislación comparada.

Por otro lado, el 26 de marzo de 1993 se dictó el Real Decreto 428/1993 por el cual se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Este organismo cumple las mismas funciones que el Inspector de Ficheros de la ley sueca, y es definida como "un ente de derecho público de los previstos en el artículo 6, apartado 5, del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que tiene por objeto la garantía de cumplimiento y aplicación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal". Se trata de un organismo nacional que goza de personalidad jurídica propia y con plena capacidad pública y privada, y estructurada de la siguiente manera: un Director de la Agencia de Protección de Datos, el Consejo Consultivo y otros órganos especiales dependientes del Director de la Agencia: el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos, y la Secretaría General.

El artículo 36 de la derogada LORTAD definía las funciones de la Agencia, y en la vigente Ley se dispone en el artículo 37, entre otras funciones las siguientes: a. velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos; b. atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas; c. proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal; d. Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, etc.

b. Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) de 1999

La LORTAD fue derogada a partir de la publicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) como ha sido reconocido unánimemente por la doctrina, supone, a pesar de que una lectura apresurada pudiera sugerir lo contrario, una sustancial modificación del régimen sobre protección de datos de personas físicas que anteriormente se contenía en la ya extinta LORTAD, y como apunta, Javier A. Mestre, la nueva LOPD es susceptible de críticas.

Dentro de estas últimas, es de destacar el esfuerzo que supone por introducir firmemente en la cultura jurídica actual unos valores sobre la defensa de la intimidad y privacidad de los ciudadanos y consumidores, principales roles impuestos por el mercado y los poderes públicos del presente; por otro lado, la ambigüedad y falta de precisión de muchos términos y situaciones descritos en la ley, con independencia de otros reproches más sustantivos circunscritos a aspectos concretos, son las características que, negativamente, se destacan de forma mayoritaria[46].

La LOPD, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 14 de diciembre de 1999 que deroga la antigua LORTAD, cuenta con un ámbito de aplicación sustancialmente más amplio, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, extendiéndose a supuestos antes excluidos como los ficheros no automatizados y otorgando a los datos, si cabe, un mayor nivel de protección. En concreto, el artículo 2.1 de la Ley establece que:

> La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado", entendiendo por datos de carácter personal, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3, "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Igualmente, el término soporte físico habría que asimilarlo al de "fichero" que en el referido artículo 3 se define como "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso"; de esta ampliación, comenta Javier Mestre, merecen ser destacados los siguientes aspectos. La extensión a ficheros no automatizados, esto es, la derogada LORTAD definía su ámbito de aplicación en referencia a los datos que figuren en registros susceptibles de tratamiento automatizado (fundamentalmente informático) y a los usos posteriores de esos datos, aunque tal uso no tenga el carácter de automatizado. La Directiva Comunitaria 95/46/CE ya ampliaba este ámbito extendiéndolo a todo fichero de datos, sea automatizado o no, de personas físicas; y ello motivó para que en 1995 se produjera una modificación de la Ley General Tributaria para incluir ficheros no automatizados; la nueva ley define su ámbito de aplicación sobre la base de datos registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, sin las anteriores limitaciones.

---

46. Vid. MESTRE(2001), JAVIER: Comentarios a la nueva legislación sobre protección de datos, en Vlex España, 2001.

De esta forma, la organización de datos personales en soportes físicos no informáticos debería estar sujeta a las previsiones de la ley; podría decirse, siguiendo la clasificación de Emilio del Peso Navarro, que la extinta LORTAD se refería sólo a los datos organizados automatizados, y con la nueva ley se diferencian los datos organizados (aquéllos accesibles directamente mediante un nombre clave o código, que a su vez se subdividen en automatizados o no automatizados) y los datos no organizados, esto es, los que para buscar un dato determinado hay que buscarlos uno a uno). La LOPD, con la desaparición entre datos automatizados o no, se encontraría referida, simplemente, a los datos organizados[47].

En la LORTAD se contenían hasta cinco amplios supuestos de exclusión, entre los que se encontraban los ficheros de los partidos políticos, sindicatos e iglesias, los de titularidad pública, los tecnológicos de reproducción de datos accesibles al público, etc. Todos estos supuestos han desaparecido en el artículo 2.2, que tan sólo prevé exclusiones para, en primer lugar, los ficheros "domésticos" (la ley se refiere a "ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas"; en segundo lugar, aquellos sobre materias clasificadas y, en tercer lugar, los relativos a la investigación sobre terrorismo y delincuencia organizada grave.

De allí que, desde la entrada en vigencia de esta Ley Orgánica, puede afirmarse que, en principio, cualquier fichero, informático o no, tanto empresarial como de otra índole, que almacene datos de personas físicas identificadas o identificables, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa y, consecuentemente, sometido a los principios, requisitos y régimen que mediante ella se instaure. Finalmente, en este apartado tan sólo resta destacar el artículo 3 que incluye las definiciones de los términos que se usan a lo largo de la ley; además de las de fichero y datos personales, comentadas anteriormente, merecen ser destacadas las siguientes:

> a) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias;

---

47. NAVARRO(2000) EMILIO DEL PESO: Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD, Actualidad Informática Aranzadi nº 34, enero de 2000; Cfr. MESTRE(2001), JAVIER: Comentarios a la nueva legislación sobre protección de datos, en Vlex España, 2001.

b) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo;

c) Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable;

d) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen;

e) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado;

f) Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

En este último párrafo, partiendo de una definición más o menos objetiva del concepto "fuente accesible al público", se acaba enumerando taxativamente los ficheros que tendrán tal consideración a los efectos de la ley, tan sólo aplicable, por tanto, a los siguientes supuestos: 1. el censo promocional; 2. repertorios telefónicos; 3. listas de grupos profesionales; 4. diarios boletines oficiales y medios de comunicación. Todos los demás ficheros, aunque puedan ser consultados por cualquier persona sin limitación alguna, no tienen para la ley la consideración de "fuente accesible al público", cuestión que, además, ha sido una constante en las recientes legislaciones sobre protección de datos en Iberoamérica (Chile, Argentina, Paraguay, etc.).

c. La Ley General Tributaria de 1995

Antes de la entrada en vigencia, en España, del Convenio 108 del Consejo europeo, se había publicado en el BOE la Ley 230/1963, General Tributaria, modificada por las Leyes 10/1985, de 26 de abril (BOE nº 101, de 27 de abril de 1985); 33/1987, de 23 de diciembre (BOE nº 307, de 24 de diciembre de 1987); 4/1990, de 29 de junio (BOE nº 156, de 30 de junio de 1990), y 31/1991, de 30 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de

1991). Esta ley desarrolla, básicamente, el derecho de acceso a archivos y registros administrativos, fundamentalmente a partir de la consagración de esta posibilidad como derecho constitucional, concretamente en el artículo 105 de la CE de 1978[48].

Es de destacar que esta previsión legislativa es posterior a la LORTAD y contenía disposiciones en orden a garantizar una utilización racional de los datos, esto es, se trataba de asegurar que la utilización de los datos obtenidos por la administración tributaria fuera con fines exclusivamente tributarios; como dice Herrán Ortiz, a nadie se oculta que los ciudadanos no deben encontrarse en una situación de indefensión tal que cualquier administración pueda disponer de información personal para los más diversos fines, de suerte que les impida desarrollar con plena libertad el ejercicio de sus actividades particulares.

En efecto, la Constitución española de 1978, estableció, en la norma contenida en el artículo 105:"La ley regulará: (...) b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

La expresión "la ley regulará" ha puesto a discutir a la doctrina española entre dos posiciones antagónicas: quienes consideran que la norma sólo contiene un "mandato general" dirigido al legislador para que legisle en torno a la posibilidad de acceso por parte de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos; y frente a esta tesis quienes sostienen que se trata de un verdadero derecho subjetivo exigible directamente por los ciudadanos ante los tribunales competentes.

---

48. Para este tema específico recomendamos ÁLVAREZ RICO, MANUEL y ÁLVAREZ RICO, ISABEL(94): Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en Revisa de Administración Pública, nº 135. 1994, pp. 105 y siguientes; SAINZ MORENO(80), FERNANDO: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre 1979), en Revista de Derecho Administrativo, nº 24, 1980, pp. 120 y siguientes; PENDÁS GARCÍA(93), BENIGNO: Administraciones públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Ed. Praxis. Barcelona, 1993; EMBID IRUJO(93), ANTONIO: El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa, en La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), Estudios homenaje al profesor Jesús González Pérez, tomo I. Ed. Civitas. Madrid, 1993, pp. 730 y siguientes. LUCAS DURÁN(97), MANUEL: El acceso a los datos en poder de la administración tributaria. Aranzadi, edit. Pamplona, 1997.

La primera tendencia jurisprudencial fue delineada por el Tribunal Supremo en sentencia del 16 de octubre de 1979 en la cual precisó que el artículo 105, b) no tenía aplicabilidad inmediata directa, y sólo contiene un principio informador de la legislación positiva sin ningún otro efecto[49]; sin embargo, una tesis como ésta no podía durar mucho tiempo, aunque pasaron casi diez años para que el Tribunal Constitucional se pronunciara respecto de los artículos de la Constitución que remiten determinados aspectos a una posterior regulación legal, afirmando su aplicabilidad directa, e igualmente el Tribunal Supremo ha mantenido desde entonces esta misma posición[50].

Cierto es que el problema de la aplicabilidad inmediata de las disposiciones constitucionales ha sido un constante aspecto a dilucidar por el Tribunal Constitucional y fuente de no pocos debates en la doctrina más calificada; el TC español ha establecido con toda claridad:

> Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado[51].

Así, entonces, con la plena vigencia del Convenio 108 y la promulgación de la LORTAD se introduce una sensible modificación a la Ley General Tributaria por ley 25/1995, de 20 de julio (BOE de 22 de julio de 1995), en el cual se le da al artículo 113 una modificación con la idea de realizar una adaptación a determinados aspectos de la LORTAD, en lo que respecta al uso de la información que la Administración tributaria tiene de los contribuyentes, mediante la consagración del carácter reservado de toda la información tributaria en su poder facilitada por los contribuyentes, salvo lo atinente a la investigación

---

49. La sentencia y sus comentarios pueden leerse en SAINZ MORENO(80), FERNANDO: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre 1979), pp. 120 y siguientes.

50. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio (BOE de 16 de junio de 1981), en la que indica: "la reserva de ley que efectúa en este punto el art. 105 de la Norma fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata". Vid. LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*, pp. 42 y siguientes.

51. Sentencia 254/1993, de 20 de julio (BOE de 18 de agosto).

o persecución de los delitos públicos y los deberes de colaboración entre Administraciones públicas[52].

Los detalles más importantes de esta norma pueden resumirse en los siguientes aspectos sobre la protección de datos:

a) Se les otorga a los datos obtenidos por la Administración tributaria el carácter de reservados, y se les "afecta" a un fin, cual es la aplicación de tributos y otros recursos cuya gestión haya sido encomendada a tal Administración, con prohibición expresa de comunicarlos a terceros a no ser que estén incluidos en algunos de los supuestos que especifica el artículo 113.1;
b) Se especifican los supuestos tasados en que se podrá realizar la transferencia de datos, ampliando el ámbito respecto de lo regulado en el antiguo artículo 111.6. Dichos supuestos excepcionales son: 1) investigación o persecución por parte de órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal de delitos públicos; 2) colaboración con otras administraciones tributarias; 3) colaboración con la Tesorería de la Seguridad Social; 4) colaboración con otras Administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la percepción de fondos públicos; y 5) colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación.

En 1996 el mencionado artículo 113 de la LGT nuevamente fue modificado por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadiendo un supuesto más en el que se exceptúa el deber de reserva que deben mantener los órganos de la Administración tributaria sobre los datos obtenidos en el desempeño de sus funciones, cuando la cesión tenga por objeto "la protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el

---

52. Según LUCAS DURÁN la LORTAD sólo era aplicable a los datos personales que fueran tratados de forma automatizada, en cambio la LGT extiende los principios de la misma también a los datos que no son tratados informáticamente, con lo que se está haciendo algo más que adaptar la legislación tributaria a la normativa existente, si bien esto se hace quizá con vistas a la trasposición de la Directiva 95/46CE que regula aspectos de la materia. Puede estudiarse el punto en PEÑA ALONSO, JOSÉ, y CORCUERA TORRES, AMABLE(95): *La reforma de la Ley General Tributaria*. Mc Graw-Hill ed. Madrid, 1995; CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE Y OTROS(96): *La reforma de la Ley General Tributaria*. Aranzadi, ed. Pamplona, 1996; BANACLOCHE(95), JULIO: *Ley General Tributaria reformada. Ensayo histórico y práctico*, en La Ley Actualidad. Madrid, 1995; PONT MESTRES, MAGIN y PONT CLEMENTE, JOAN(95): *Análisis de la Ley 25/1995 de modificación de la Ley General Tributaria (estudio detallado de cada artículo)*. Ed. Civitas. Madrid, 1995; LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*. Aranzadi, ed. Pamplona, 1997; y LÓPEZ GUETA(96), JOSÉ Mª: *De nuevo, el artículo 113 de la ley General Tributaria*, en Revista Impuestos, nº 6, pp. 1-2. 1996.

Ministerio Fiscal", con la intención declarada en la exposición de motivos de la referida ley de tutelar los intereses de estos colectivos dignos, por razones de su condición desfavorable, de una especial protección, con lo cual el legislador parece hacerse eco de las denuncias expresadas en el Informe Anual del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 1995[53].

III. CONCLUSIONES

No hay duda que la información constituye el alarde del siglo XX y una de las tareas más atractivas del principio de este siglo XXI. Corresponderá a las nuevas generaciones de juristas y de jueces ubicar el derecho a la información en la cúspide de los derechos ciudadanos. No es posible vivir en pleno siglo XXI y estar a la retaguardia de los cambios informáticos e informativos.

Nuestra legislación no sólo es incipiente sino inaplicable por varias razones: en primer lugar nos hace falta una "cultura" de la información y también estamos "atrasados" con respecto de la tecnología de la información. Como

---

53. Vid. LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*, pp. 208 y siguientes. Para un estudio de la intimidad o privacidad y control de información en el ámbito tributario recomendamos especialmente AGUILAR FERNÁNDEZ y HONTORIA, JAIME(83): *La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria. Las sentencias de 18 de junio y 28 de julio de 1983. Alcance y posibilidades ulteriores*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 12. 1983; y del mismo autor *De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria. La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 y los proyectos de ley de represión del fraude fiscal de determinados activos financieros. Alcances y proyecciones ulteriores*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 17. 1985; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS(95), JOSÉ Mª: *La confidencialidad de los datos tributarios y el acceso de los contribuyentes*. Actualidad Jurídica. Aranzadi, ed. Pamplona, 1995; VILLAVERDE MENÉNDEZ(94), IGNACIO: *Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993*, en REDC, nº 41. 1994; PÉREZ ROYO(86), FERNANDO: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1986; PIQUERAS BAUTISTA(95), JOSÉ: *El derecho de acceso a los archivos públicos en el Derecho español y en el comunitario*, en XV Jornadas de Estudio. *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (II)*. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995; MARTÍNEZ LAGE(94), SANTIAGO: *La transparencia de las instituciones comunitarias: el acceso a los documentos*, en Gaceta Jurídica de la CE, Boletín 92, 1994; MERCIER, JEAN-YVES y NOEMIE, MICHEL, ET ALLÍ(89): *La protection du contribuable. Tazpayer protection. Der Shutz des steuerbürgers. Interntional Bureau of Fiscal Documentatio*. Amsterdamn, 1989; MICHAEL(94), JAMES: *Privacy and human rigths. An international and comparative study with special reference to developments in information technology*. UNESCO publisshing, Dartmouth Publishing Co. Hampshire, 1994.

hemos dicho en otros trabajos nuestros la sociedad industrial y correlativamente la "avanzada tecnológica" requiere, necesariamente, el avance en el "conocimiento" técnico, esto es, necesita de "información" del estado actual de la técnica y su proyección al futuro. A mayor "cantidad" de conocimiento técnico se afirma que hay mayor avance tecnológico; por ello es que puede afirmarse que la tecnología es realmente un "poder" entendido como el complejo de posibilidades de desarrollo y control sobre las personas o los países que caigan bajo su esfera. Estamos en presencia del poder de la tecnología que mide, a su vez, el grado de desarrollo de un país[54].

Al lado del "poder" que otorga la tecnología bien puede hablarse también de la *tecnología del poder*, esto es, la manera o el cómo los países industrializados se ponen en posesión de los conocimientos tecnológicos, como dicen HASSEMER y CHIRINO, tan pronto como el poder estatal pudiera servirse de la automatización de las informaciones, podría convertirse más rápidamente y de manera más enérgica en mucho más desigual de lo que había sido hasta entonces. La tecnología ofrece una enorme capacidad de tratamiento y transmisión de información, y ello ofrece, a su vez, nuevas tecnologías que modifican el avance industrial de un país. Como dice NÉSTOR SAGÜÉS:

> El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que, con el auge de los sistemas computarizados, ese "derecho informático" genera un "poder informático" de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto de poder económico ("la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa") como poder político (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular controlar y vigilar su comportamiento[55].

Seguro estamos que en la medida en que iniciemos, desde la ciencia del Derecho, las reflexiones necesarias para crear conocimiento y conciencia, estaremos haciendo algo importante para las generaciones futuras.

---

54. Cuando en nuestro lenguaje cotidiano nos referimos a "sociedades industrializadas" o "desarrolladas" en contraposición a naciones sub-desarrolladas, o más elegantemente "naciones en vías de desarrollo" lo que quiere denotarse, allende a lo peyorativo con que muchas personas utilizan la noción, al grado de avance tecnológico, y ello se mide –a su vez- por el manejo de la información sobre la técnica.

55. Vid. SAGÜÉS(98), NÉSTOR: *Habeas Data, su desarrollo constitucional*, en *Lecturas constitucionales*, nº 33, pp. 88 y siguientes.

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO EN VENEZUELA

POR JOSÉ PEÑA SOLÍS *

1. PREMISA INTRODUCTORIA

Todos conocemos la multiplicidad de cometidos de la Administración Pública actual, para cuyo logro tiene que realizar igualmente múltiples, pero sobre todo variadas actuaciones, así como todo lo concerniente a los esquemas de clasificación de dichas actividades, con la finalidad de intentar encuadrarlas, hasta donde sea posible, en determinados regímenes jurídicos que tendencialmente orienten a los órganos administrativos y a los ciudadanos en torno a esas actuaciones. En esa línea argumental recordamos que doctrinaria e históricamente las denominadas actividades administrativas de **policía y de servicio público** fueron y siguen siendo conceptuadas como títulos de intervención de la Administración en las esferas de actuación de los particulares. Ahora bien, pese a que es posible identificar desde el siglo XIX en las Administraciones de varios países europeos, lo que hoy conocemos como actividad **administrativa de fomento**, la formación del concepto y su deslinde, también como técnica de intervención administrativa, se produce apenas a comienzos de la década de los cincuenta del siglo XX.

Ha de advertirse que es la doctrina española la que inicia (JORDANA DE POZAS, 1949), y también la que desarrolla la decantación conceptual de este tipo clasificatorio de las actividades administrativas, y quizás esa sea la

*. Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela. Este trabajo forma parte de uno de los capítulos del tercer volumen del Manual de Derecho Administrativo, actualmente en preparación, que será publicado próximamente.

razón por la cual en todos los tratados y manuales de Derecho Administrativo español, es examinado en forma destacada, a diferencia de lo que ocurre en países como Italia y Francia, en los cuales en lugar de darle la especificidad española, tienden a incluirlas en la categoría general de las actividades económicas realizadas por la Administración, o en la categoría de los denominados actos concesorios de la Administración, limitándose la más de las veces a analizar más bien en forma monográfica la técnica más emblemática de la actividad de fomento, como lo es la subvención. Esa orientación al parecer tiene su origen, como lo veremos más adelante, en la influencia determinante que tuvo el liberalismo económico en la Revolución Francesa, y por ende, en el Derecho Administrativo francés.

Desde luego, que la actividad de fomento, sobre todo en países como el nuestro, tiene todavía una significativa importancia, pues implica una intervención muy especial, a diferencia de la que se configura con la de policía y la de servicio público, en cierto tipo de actividades de los particulares, mediante la promoción y el estímulo a la realización de las mismas, razón por la cual se impone –como expresamos antes- la elaboración de un régimen jurídico, cuya aplicación preserve tanto los intereses de la Administración, como la de los particulares; de allí entonces que el examen, aunque sea en forma sucinta de este tipo de actividades, tenga ciertamente importancia académica, pero también práctica, pues su realización casi siempre comportará la utilización de recursos públicos, igualmente casi siempre a fondo perdido, total o parcialmente.

2. Breve *excursus* histórico

Como expresamos en el acápite anterior, la idea general de la actividad de fomento de la Administración, en virtud de estar muy vinculada con la procura del bienestar de los súbditos que era, y sigue siendo en otro contexto, el cometido fundamental de la Administración Pública, es de antigua data, al punto que algunos autores españoles (VILLAR PALASI,1954), citan como muestra de dicha antigüedad la generalización del sistema de subvenciones que se produjo durante la época de los Austria en España (siglo XVI), y añaden que hasta el siglo XIX en el marco de esa concepción siguen las Administraciones realizando actuaciones que hoy conocemos como de fomento, al punto que en el año 1832 se crea en España el Ministerio de Fomento, cuyas funciones esenciales en los primeros tiempos, siempre presididas por la búsqueda del bienestar de los ciudadanos, estaban más bien orientadas a la construcción de obras públicas (ferrocarriles, obras hidráulicas, etc), en las cuales muchas veces jugaba un papel relevante la subvención. Esos mismos autores señalan que con el

transcurso del tiempo el concepto de fomento se va a orientar hacia la idea original, esto es, estimular la actividad de los particulares en la dirección querida por la Administración, especialmente en el ámbito económico.

En este punto es preciso traer a colación la especial acotación de DE LA CUETARA (1983), en el contexto de la evolución de la actividad de fomento en España, quien hace notar que como toda forma de intervención, el fomento va a ser rechazado totalmente por resultar contrario al postulado del liberalismo económico que sirvió de fundamento a la Revolución Francesa, y en definitiva al advenimiento del Estado de Derecho, razón por la cual el Derecho Administrativo que se importa de Francia para España no va a conocer ni a reconocer esta forma de actividad administrativa, y ello tal vez explique que en el mencionado país durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX se continúen realizando actividades de esta clase, pero sin vincularlas a un régimen jurídico particular, como en cambio sí ocurría con las actividades de policía y de servicio público.

En ese orden de ideas, sostiene SANTAMARIA (1999), que es después del primer tercio del siglo XX cuando comienzan a utilizarse en España medidas de promoción o fomento de manera sistemática y global, "como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana...". Esa utilización continúa incrementándose en la segunda mitad del siglo XX, y es precisamente en esa época (1949) cuando JORDANA DE POZAS deslinda de los otros títulos de intervención de la Administración a la actividad de fomento, elaborando, o mejor dicho, proponiendo el correspondiente marco teórico. Puede afirmarse entonces que es a partir de esa fecha cuando la doctrina comienza el examen sistemático de esta categoría de actividades, que insistimos encuentra un notable desarrollo en España, al punto que han sido promulgados y dictados instrumentos jurídicos en los cuales se diseña puntualmente su régimen jurídico.

En la actualidad bajo esa denominación, bien atendiendo a la concepción imperante en la doctrina y en la legislación española, o sencillamente atendiendo a específicas técnicas de fomento, como la subvención o las exenciones fiscales, puede decirse que en mayor o menor proporción la actividad de fomento es desarrollada por casi todas las Administraciones Públicas de la mayoría de los países del mundo occidental. Es cierto que en los últimos tiempos –en varios Estados- se nota una tendencia a utilizar menos las técnicas de fomento, en virtud de que la experiencia ha demostrado que las mismas en no pocas veces sirven de vehículo para propiciar la corrupción, pero sobre todo porque ha sido necesario realizar una labor casi de filigrana jurídica a los fines de matizarlas,

y de esa manera evitar que se conviertan en instrumentos que subviertan el principio de la libre competencia, que como es sabido en las economías de mercado abierto constituye una variable fundamental para su desarrollo.

3. MARCO CONCEPTUAL

JORDANA DE POZAS (1949), al identificar la actividad de fomento la definió como "... la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos". Es necesario reconocer que aunque la mayoría de los administrativistas españoles han abordado el estudio de la actividad de fomento, en realidad poco han agregado a la concepción general formulada por el citado autor. Desde luego, que no puede desconocerse que ellos han contribuido a enriquecer dicha concepción, sobre todo en lo atinente a su régimen jurídico, pero insistimos en que las variables sobre las cuales se articula la misma se mantienen sin ninguna modificación. En efecto, dichas variables siguen estando vinculadas a un elemento positivo (teleológico), que no es otro que promover o estimular determinadas actividades de los particulares, cuya realización resulta importante para el interés público o general, y a un elemento negativo (metodológico), dado que las referidas actividades de promoción o estímulo, excluyen formalmente todo tipo de técnica que signifique coacción, o en general limitación a los derechos de los particulares.

Las indicadas variables permiten diferenciar a la actividad de fomento de la de servicio público, ya que esta última implica la erogación de una prestación a favor de los particulares (educación, teléfono, gas, etc), por parte de la Administración o de un concesionario de ésta; en cambio, la actividad bajo examen sólo comporta un estímulo a los particulares, y de ninguna manera prestación alguna (subvención, beca, exenciones fiscales, etc). Asimismo, la otra variable (negativa) permite diferenciarla de la actividad de policía, que como hemos visto siempre implica una limitación o restricción de las actividades de los particulares, la cual por supuesto está ausente en la actividad de fomento.

Resulta muy importante destacar que la referida ausencia de restricción no implica el desconocimiento de la actividad de fomento como título habilitante de intervención de la Administración sobre los particulares, como ocurre con las actividades de servicio público y de policía, pues si bien es cierto que en su

realización como tal actividad, no está presente la acción coactiva de la Administración, verbigracia, cuando otorga una subvención para estimular la producción de determinado alimento, ya que en esa hipótesis la Administración carece de potestades para obligar al particular a su aceptación, pues en estricta puridad, la relación subvencional o de fomento se limita en términos generales a la correspondiente aportación patrimonial y a la recepción de la misma para utilizarla en la actividad indicada, de tal manera que no llega a producirse con ocasión de la misma restricción o coacción alguna. No obstante, la actividad de fomento deviene en un título de intervención administrativa, en virtud de que corresponde a la Administración teniendo a la vista los planes económicos y sociales, seleccionar los sectores sobre los cuales recaerá su actividad de estímulo o promoción. De esa manera, sobre todo en materia económica, aun en una economía de mercado abierto, el Estado puede llegar a utilizar las actividades de fomento inclusive para intentar corregir las imperfecciones del mercado, sin llegar a atentar contra los principios de libre competencia y de libertad de empresa.

Por otro lado, como lo veremos más adelante, una vez que la Administración estimula determinada actividad, sobre todo acudiendo a la técnica típica de la subvención, adquiere ciertas potestades, desde luego, contempladas en el correspondiente ordenamiento jurídico, para controlar la aludida actividad, pudiendo en caso de incumplimiento parcial o total por parte del subvencionado modificar y hasta revocar la medida de fomento; de allí, pues, que pese a que ciertamente la falta de coacción sea una de las variables que sirve para articular el concepto de fomento, ello de ninguna manera implica el desconocimiento de su naturaleza de título básico de intervención de la Administración Pública sobre los particulares.

En fin, a luz de lo anteriormente expuesto, es posible identificar como características de la actividad de fomento, las siguientes: a) es una actividad de la Administración que constituye un título que la habilita para intervenir en la actividad de los particulares; b) en principio su ejercicio excluye la coacción sobre las actividades de los particulares, de tal manera que si desde el punto de vista teórico o conceptual es posible ubicar una actividad de la Administración como de fomento, pero en realidad ella conduce a la limitación o a la coacción de los particulares, entonces deja de encuadrar en este tipo clasificatorio, para hacerlo en el correspondiente al de policía. Sería el caso de un decreto que obligase a las radioemisoras a colocar un porcentaje de música venezolana (el superado 1x1), para estimular la difusión de esta clase de música, so pena de imposición de sanciones administrativas, o el caso de que la Administración elevara sustancialmente los aranceles de importación de determinados

productos, con la finalidad de incentivar la producción nacional, ya que estaríamos ante una clara limitación de la libertad de comercio, aunque orientada específicamente a fomentar la indicada producción. En ambas hipótesis, pese a que las medidas apuntan al "fomento" de las referidas actividades, su procedencia aparece condicionada al establecimiento de limitaciones a los derechos de los particulares. c) Así como en este tipo de actividad está ausente la limitación o coacción, a la par está presente, como ya lo indicamos, un elemento positivo que en criterio de DE LA CUETARA (1985) revela una "actuación de favorecimiento", con carácter ampliador de la esfera de derecho del particular sobre quien recae la medida de fomento, en virtud de que éste accede a posiciones jurídicas de ventaja que antes no detentaba; d) La actividad de fomento estimula la de los particulares cuando coincide con el interés general; por consiguiente, el fomento, específicamente su técnica básica (subvención) únicamente puede favorecer a los particulares, excluyéndose de esa manera las denominadas subvenciones de servicio público, mediante las cuales la Administración con la finalidad de mantener el equilibrio de la concesión, realice aportes de dinero a los concesionarios de estos servicios. Tampoco constituyen medidas de fomento las transferencias de fondos entre Administraciones Públicas, verbigracia de la Administración Estatal a la Administración estadal o municipal, o a un ente de la Administración Nacional descentralizada funcionalmente. No obstante, es menester dejar sentado que el Derecho positivo puede perfectamente quebrantar el aludido principio, y conceptuar como medidas de fomento a estas dos últimas hipótesis de subvenciones. e) Finalmente, la actividad de fomento debe ser aceptada voluntariamente por los particulares y estar dirigida a incidir sobre el interés general o público, pues como afirma VILLAR EZCURRA (1999), no por obvias estas características pueden ser ignoradas, o mejor dicho destacada su importancia, pues en el primer caso, la inexistencia de la aceptación voluntaria "real" del particular, puede servir de manto para encubrir el "dirigismo" de la Administración sobre cierto sector de la economía, desnaturalizando de esa manera el concepto de fomento, al transformarlo en forma encubierta en actividad de policía, y en el segundo, por su vinculación al interés público, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado, la aplicación en la práctica de la medida de fomento por parte del Estado, puede llegar a suscitar problemas, si la actuación administrativa no está presidida por los principios de transparencia, eficiencia y objetividad, ya que de lo contrario puede lesionar el principio de la libre competencia, básico en una economía de mercado abierto.

En ese orden de razonamiento cabe destacar, como lo señala el citado autor, que desde el punto de vista genérico nadie duda acerca de la pertinencia y obviedad de las señaladas características de la noción de fomento (aceptación

voluntaria, y dirección hacia la consecución de un fin público) ya que resulta muy difícil desconocer, por ejemplo, que una actividad privada que conduzca a la creación de empleos, está estrechamente vinculada a la consecución de un fin público, razón por la cual encuadra dentro de aquellas que resultan susceptibles de ser estimuladas o promovidas por la Administración Pública.

Sin embargo, el problema se suscita en el momento en que corresponde apreciar la existencia de esa característica en la determinación del caso concreto, a los efectos de la aplicación de la medida; de allí que los legisladores al regular esta actividad deberían procurar establecer presupuestos de hechos tasados y concretos, con la finalidad de evitar que la Administración utilice incorrectamente el fomento, acudiendo al ejercicio de potestades discrecionales que suele acompañar la realización de este tipo de actividad, para desviar el estímulo hacia esferas de actuaciones de los particulares que estén desvinculadas del interés público, e inclusive para convertir en la práctica la recepción voluntaria de la ayuda, en recepción obligatoria.

Es necesario advertir que son muchas y muy variadas las técnicas de fomento, como lo veremos más adelante en forma sistematizada, entre las cuales destacan condecoraciones, premios académicos, exenciones fiscales, primas de producción, avales, créditos, subvenciones, etc. Por supuesto, que el régimen jurídico de cada ordenamiento será el que fije las condiciones de procedencia y operatividad de cada una de esas técnicas. Hemos hecho referencia a la indicada diversidad con la finalidad de destacar la vigencia del principio de intercambiabilidad de las mismas, dado que todas ellas tienen un mero carácter instrumental a los fines de alcanzar el objetivo deseado, que no es otro que tutelar un determinado interés público. Así por ejemplo, a los efectos de estimular la producción de ciertos medicamentos, la Administración podrá optar entre varias alternativas como las siguientes: concederle a los fabricantes una subvención, exonerarlos del pago de impuestos, o establecer un desgravamen de las materias importadas que sean necesarias para la fabricación.

En todo caso, corresponderá a la Administración atendiendo a las orientaciones de la Política o Plan económico, optar por alguna de esas técnicas de fomento, sin que la opción por cualquiera de ellas incida en el aspecto teleológico de la actividad de fomento; de allí entonces el aludido principio de intercambiabilidad de las técnicas. De otro lado, es necesario destacar que nada obsta, sin que ello sea lo usual, para que los órganos administrativos competentes decidan utilizar varias técnicas a la vez, lo que revela que si bien éstas son intercambiables, no son excluyentes. Más aún, nada impide que se combinen, atendiendo a los objetivos perseguidos por el Estado, las técnicas de

fomento con las de policía administrativa, situación que suele darse sobre todo en el fomento de actividades sociales, verbigracia en el caso de las denominadas viviendas de interés social.

4. CLASES DE TÉCNICAS DE FOMENTO

Indudablemente que la finalidad perseguida por la Administración con el fomento (estimular o promocionar una actividad de los particulares coincidente con el interés público) es muy amplia, razón por la cual resultan numerosas las técnicas que puede utilizar para lograr dicha finalidad. Por esa razón la doctrina ha formulado algunos criterios con la intención de agruparlas o sistematizarlas, entre los cuales destacan el relativo a la incidencia de la actuación de la Administración sobre los particulares, que da origen a técnicas de carácter positivo y de carácter negativo. Con las primeras se otorga una ayuda o ventaja en forma directa a los particulares, como en el caso de las subvenciones, los premios, etc, y con las segundas, también se otorga una ayuda, pero en forma indirecta, en virtud de que las mismas implican la exención a los particulares de una carga u obligación, como en el caso de las exenciones fiscales, las moratorias de pago, etc.

El otro criterio clasificatorio atiende más bien al tipo de estímulo o ayuda que otorga la Administración, formulado originalmente por JORDANA DE POZAS, da lugar a las denominadas técnicas honoríficas (condecoraciones civiles, militares, premios literarios y científicos, etc); técnicas jurídicas (concesión del privilegio de la expropiación forzosa, la dispensa del límite máximo construcción previsto en la Ordenanza de una ciudad, etc), y las técnicas económicas (subvenciones, exenciones fiscales, créditos, avales, etc.).

4.1. Técnicas honoríficas

Encuentran su fundamentación en el efecto de emulación que reviste el reconocimiento de determinadas actividades de los particulares, mediante premios (literarios, científicos, etc) condecoraciones civiles y militares, reconocimientos académicos (laudes, premios especiales de graduación, etc). Es cierto que alguna de estas medidas pueden comportar una aportación patrimonial a quienes se les otorga, como por ejemplo, la parte metálica de determinados premios, o de ciertos reconocimientos académicos, pero en definitiva lo que cuenta en el marco de la actividad de fomento es el estímulo derivado del prestigio de la obtención de la medida, lo que permite suponer que

otras personas intentarán desarrollar conductas como las premiadas o reconocidas. Desde luego, que se trata de una actividad de la Administración con carácter exposfacto, en virtud de que la medida (condecoración, premio, etc) es adoptada después de la actuación del particular.

La doctrina señala que este tipo de técnicas de fomento que aparecen en la clasificación de Jordana de Pozas, si bien revestían importancia en el pasado, en la actualidad carecen de relevancia, y que en todo caso su eventual utilidad para lograr el fin perseguido (emulación) resulta casi nula, sobre todo por el cuestionamiento a que normalmente son sometidos la mayoría de los premios y condecoraciones, inclusive, algunos teóricamente tan prestigiosos como el Nóbel, debido a la amplísima discrecionalidad que detentan quienes los otorgan. Por supuesto que ese cuestionamiento intrínseco dificulta bastante lograr la emulación que persigue la Administración con esta técnica de fomento.

Pero tal vez la crítica más contundente sobre estas técnicas haya sido formulada por SANTAMARIA (1999), quien asoma serias dudas acerca de que las mismas revistan el carácter de medidas de fomento, cuando expresa ..."todas estas modalidades de acción premial poseen una relevancia e impacto social indudables; pero *su calificación como medidas de fomento es altamente discutible*. De promoción o fomento puede hablarse con propiedad **sólo en la medida en que pueda establecerse una relación directa de causa a efecto entre una acción pública dirigida a un sujeto y la realización por éste de una conducta o actividad de interés general**, y nada de ello sucede en las medidas que antes enumeramos..." Si el criterio de la relación de causalidad entre la acción de la Administración y la conducta desplegada por el particular necesariamente orientada hacia la tutela de un interés público, resulta acertado, como nos parece a nosotros, para identificar operacionalmente a las medidas de fomento, habría que concluir que las denominadas técnicas honoríficas no entrarían dentro de la actividad de fomento de la Administración, o únicamente podrían considerarse como tales, como asienta el citado autor, vistas desde una "perspectiva particularmente laxa".

4.2. Técnicas jurídicas

Estas técnicas de fomento reciben esa denominación específica, debido a que cuando la Administración recurre a ellas debe conferir un " privilegio jurídico" al particular favorecido, o mejor en términos de GARRIDO FALLA (1989), consisten en " la concesión de dispensas frente a leyes y reglamentos prohibitivos". En ese orden de ideas se citan como ejemplos en el ordenamiento

español el otorgamiento a un particular del carácter de beneficiario de la expropiación forzosa, la vecindad administrativa (en tiempos pasados) y la dispensa para construir en determinada zona de una ciudad, más allá del límite de altura máxima previsto en la correspondiente Ordenanza, desde luego para incentivar la construcción de cierto tipo de viviendas.

Afirma VILLAR EZCURRA (1999) que la ventaja de este tipo de medidas radica en que su adopción no comporta ningún gasto público, motivo por el cual no encuentra límites para su extensión, atendiendo a los fines perseguidos por la Administración. No obstante, en torno a la ventaja señalada por el citado autor, la mayoría de la doctrina sostiene que la indicada extensión en realidad es muy relativa, porque al involucrar el otorgamiento de un privilegio para los particulares beneficiados, ello en esencia comporta una violación al principio de igualdad constitucional, de tal manera que lograr la compatibilidad con ese principio fundamental, impone una labor muy laboriosa por parte del legislador al diseñar las mencionadas medidas, lo que de suyo reduce significativamente su número, y por ende su importancia. En otros términos, la consagración de estas medidas requiere, en primer lugar, normas de rango legal, y en segundo lugar, que las mismas estén redactadas con el debido cuidado y precisión que las torne compatibles con el indicado precepto constitucional.

Finalmente, ha de advertirse que no pueden conceptuarse como pertenecientes a esta clase de técnicas de fomento, medidas como la imposición a determinada categoría de consumidores o fabricantes de obligarse a comprar determinados productos provenientes del particular estimulado por la Administración, ni tampoco las situaciones tendentes a asegurar determinadas cuotas de mercado, porque ellas escaparían a la noción de fomento, y entrarían en la de policía administrativa, por implicar restricción a la esfera jurídica de los particulares, y también porque lesionan el principio de libre competencia.

4.3. Las técnicas económicas

A diferencia de las técnicas honoríficas y jurídicas de fomento, que como hemos visto actualmente carecen casi de importancia, las técnicas económicas constituyen el núcleo fundamental de la acción de fomento de la Administración Pública, en virtud de que todavía son utilizadas en muchos países en el marco de los correspondientes planes económicos y sociales para orientar el desarrollo en esos sectores. Por tanto, casi puede afirmarse que no sólo son las más importantes, sino que representan la verdadera y casi única categoría de las

técnicas de fomento. En general se traducen en el otorgamiento de una ventaja patrimonial para el particular favorecido o estimulado, y debido a que son muchas y variadas, Jordana de Pozas las clasificó en reales y financieras. Mediante las primeras se pone a disposición del particular bienes de propiedad pública para que los utilice en el desarrollo de la actividad promocionada, como por ejemplo, el permiso para la utilización del dominio público.

Las financieras implican la transferencia de capitales o de dineros públicos al particular favorecido, o bien la exención de algunas de sus obligaciones de carácter fiscal. Cabe advertir que atendiendo a esta noción conceptual han sido clasificadas en directas e indirectas, implicando las primeras, la dispensa total o parcial de una obligación económica de carácter general, tributaria o no, y aunque formalmente no afectan al gasto público, en cambio si tienen incidencia sobre los ingresos públicos, porque las referidas medidas realmente implican una reducción de dichos ingresos, en proporción al monto de las mismas. Las segundas comportan la transferencia de recursos públicos, razón por la cual afectan al gasto público, siendo la más representativa de ellas la subvención.

Entre las técnicas financieras indirectas la doctrina suele mencionar a **las exenciones fiscales**, mediante las cuales, como su nombre lo indica, la Administración dispensa a la actividad o empresa promocionada del pago de los impuestos correspondientes. Generalmente estas medidas tienen carácter temporal; a **las desgravaciones fiscales**, que constituyen una modalidad de las exenciones, pero vinculadas a situaciones especiales que confrontan determinadas empresas o actividades; a **las admisiones temporales** que en el ordenamiento español consisten en la configuración de una excepción al régimen aduanero en la importación de materias primas, las cuales una vez trabajadas por la industria nacional, son exportadas.

Cabe advertir que las exenciones y las desgravaciones fiscales deben estar previstas expresamente en normas de rango legal (principio de reserva legal), y si bien pueden ciertamente ser utilizadas como verdaderas técnicas de fomento, SANTAMARIA (1999), sostiene que ese carácter actualmente resulta muy discutible, pues se trata más bien de medidas generales que deben estar inscritas en la Política o el Plan económico de un país, y agrega dicho autor que "... además el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión, por considerarse contrarias a la ortodoxia de la imposición tributaria: un beneficio fiscal es un pago indirecto (bajo la forma de un ahorro de gasto del sujeto pasivo) que, en términos contables correctos, debiera ser sustituido por una prestación directa (esto es, una subvención)".

Entre las medidas financieras directas destaca de manera particular la **subvención**, motivo por el cual la examinaremos detalladamente más adelante, además de los **créditos**, los cuales pueden adoptar distintas modalidades, pero todas ellas tienen en común que comportan una ventaja, para el particular, si se comparan con los créditos que otorgan los Bancos e instituciones financieras privados. Así, por ejemplo el préstamo con un interés menor al del mercado, o con intereses subsidiados, los denominados anticipos que son préstamos especiales, en razón de que el prestatario no paga intereses, y devuelve el capital en condiciones muy favorables, **los avales y garantías** otorgados por la Administración Pública, para que el particular pueda obtener créditos en las instituciones financieras.

5. Las modalidades utilizadas por la Administración para el otorgamiento de los estímulos económicos de fomento

Cabe resaltar que el otorgamiento de los estímulos económicos a la actividad de los particulares coincidente con el interés general, puede resultar una acción episódica o coyuntural, pero también puede suceder –y es lo deseable- que el mismo se inscriba dentro de un plan o de una política general de la Administración, en el cual las medidas de promoción tiendan a regular, desde luego, por vía indirecta, a un sector de la economía. En realidad puede tratarse de un plan general, o de un plan sectorial, pero lo importante que debe tener presente en su análisis el operador jurídico o el administrador, es que independiente del tipo de plan, la idea de regular un sector de la economía no está restringida únicamente a las técnicas de fomento, sino que generalmente requiere técnicas de policía, así como decisiones de "publificación" o de "despublificación" del sector. En todo caso lo que aquí interesa hacer notar es que la armonización de esas clases de actividades administrativas en el proceso de ejecución del plan, supone que al particular tener acceso a las técnicas de fomento, queda sujeto a las limitaciones derivadas de la actividad de policía y de servicio público.

En fin, los lineamientos del plan económico, aprobado mediante la norma del rango que sea suficiente de conformidad con el respectivo ordenamiento, se imponen a los beneficiados por los estímulos económicos, y por supuesto que esa sujeción se extiende también las técnicas de policía. Así, por ejemplo, un plan de viviendas populares, puede contemplar el otorgamiento de estímulos económicos a los constructores, tales como créditos subsidiados, anticipos, etc, pero a la vez impone que los beneficiados en su actividad deben quedar sujetos a los límites establecidos en el plan, tales como el tipo de vivienda, el tamaño de la misma, el precio por metros cuadrados, etc.

De modo, pues, que sin negar la modalidad de otorgamiento de ayudas económicas en forma coyuntural a determinados administrados, todo apunta hacia la prevalencia de la tendencia a inscribir las técnicas de fomento en los referidos planes económicos, lo que no deja configurar una situación paradójica, puesto que si por definición el fomento escapa a todo intento de coacción de los particulares en la realización de sus actividades, cuando el mismo aparece encuadrado en un plan, cuya finalidad básica es regular la actividad o un sector económico, evidentemente que deviene en el marco del plan (armonización de las diversas técnicas: policía, servicio público y fomento), en una técnica que indudablemente es utilizada por la Administración para controlar la actividad económica de los particulares, desde luego, colocada en una perspectiva de tutela del interés general, pero control al fin y al cabo.

De otro lado, conviene subrayar que la doctrina española (VILLAR EZCURRA, 1999, MARTIN RETORTILLO, 1988), vincula a la planificación económica a la denominada "acción concertada", que da lugar a una relación contractual entre el particular -en este caso el beneficiario de la medida de fomento- y la Administración, sobre la base de los lineamientos contenidos en el plan, atendiendo a las siguientes fases : aprobación del plan, generalmente mediante la combinación de normas de rango legal y reglamentario, oferta de la Administración a los particulares interesados en los beneficios del plan, para la cual se propone un convenio, en el cual se detallan las circunstancias de otorgamiento de ayudas económicas, pero a la vez las obligaciones que adquiere el particular; y la suscripción del convenio por ambas partes, una vez que es aceptado por el particular. De modo, pues, que la acción concertada no es más que una especie de operacionalización de las disposiciones del plan concernientes a un sector de la economía, mediante la suscripción de un convenio que generalmente tiene un carácter estandarizado, entre el la persona o empresa que recibe el estímulo económico y la Administración concedente.

6. Los principios jurídicos que regulan la actividad de fomento de la Administración Pública

6.1. Premisa introductoria

Es necesario reiterar que si bien la conceptuación del fomento como una de las categorías fundamentales de la actividad administrativa es reciente, su existencia como tal es de antigua data. Ahora bien, desde que se comienza a utilizar, e inclusive aun después que Jordana de Pozas elabora la indicada

construcción conceptual, privó y continuó privando la tendencia a considerar las ayudas provenientes del Estado para procurar el bienestar de la colectividad, mediante el estímulo a determinadas actividades de los particulares coincidentes con el interés público, como una expresión de beneficencia o liberalidad de la Administración, al punto que durante mucho tiempo fueron consideradas como meras donaciones. Atendiendo a esa razón se impuso la tesis de la exclusión de esta actividad estatal de fomento del marco legal regulatorio, ya que los órganos administrativos competentes tenían plena libertad para ejercerla en un ámbito de discrecionalidad casi absoluto. En otros términos, era una actividad cuya sujeción al principio de legalidad resultaba casi inexistente.

Sin embargo, el perfeccionamiento gradual del Estado de Derecho, mediante los correctivos necesarios por vía normativa, doctrinaria y jurisprudencial, ha originado un cambio significativo en la percepción que se tenía acerca de esta actividad, disparándose así los mecanismos institucionales conducentes al diseño e implementación de una disciplina jurídica sobre la actividad administrativa de fomento, con la finalidad de intentar reconducirla a la esfera del principio de legalidad. Demás está decir que resultó necesario vencer los obstáculos derivados de la conceptuación de liberalidad que durante mucho tiempo se dio a la misma. Pese a que la referida disciplina ha sido consagrada en los ordenamientos jurídicos, debe reconocerse que la misma continúa coloreada parcialmente por la referida tendencia, lo que se refleja de alguna manera, como lo veremos enseguida, en la aplicación de los principios de reserva de ley, de legalidad, así como en el requerimiento de potestades ampliamente discrecionales, sobre las cuales se pretende articular la acción de fomento de la Administración Pública. Por consiguiente, deben tenerse presente esas características al examinar esta clase de actividad administrativa.

6.2. La sujeción al principio de legalidad

Cabe recordar que el principio de legalidad administrativa reviste rango constitucional en la mayoría de los países del mundo, motivo por el cual actualmente resulta bastante difícil excluir del mismo a priori a una categoría de actividades de la Administración Pública, como es la de fomento. No obstante, debemos recordar que la amplitud de dicho principio está condicionada por la tesis que prive en cada ordenamiento, de tal manera que si predomina la relativa a la vinculación positiva, la Administración sólo podrá actuar válidamente si está habilitada por una ley previa; en cambio, si priva la concerniente a la vinculación negativa, la ley funciona como un límite externo, de tal manera que la Administración actuará válidamente, siempre y cuando no traspase ese límite,

o no dicte actos que colidan con el mismo (ley). También hay que tener muy en cuenta que bien prime una u otra tesis, el contenido del principio está determinado por el denominado "bloque de la legalidad" propuesto por Hauriou, que incluye normas dictadas válidamente de cualquier rango (constitucionales, legales o sublegales).

Por consiguiente, la aplicación del principio de legalidad admite especificidades, siendo quizás la más importante, aun en el marco del bloque de la legalidad, la relativa al denominado principio de reserva legal, pues en ese caso se sujeta la actuación de la Administración a su previa habilitación únicamente por una norma de rango legal. Pues bien, debido a que durante mucho tiempo la actividad de fomento de la Administración, aún después de haber sido conceptuada jurídicamente, como expusimos antes, careció de una disciplina jurídica, hoy en día la sujeción de la misma al principio de legalidad resulta innegable, pero con significativos matices, que a continuación pasamos a señalar:

> En lo tocante al principio de reserva legal, sobre todo cuando la Administración acude a técnicas económicas, que inciden sobre los ingresos o los gastos públicos (subvención, exenciones tributarias, etc), no cabe duda que rige el mencionado principio, en virtud de una disposición de legalidad presupuestaria presente en casi todas las Constituciones del mundo, concerniente a la necesidad de que todo gasto que realice la Administración debe estar contemplado en el presupuesto, y como es sabido este instrumento es sancionado mediante Ley; así como de otra disposición de legalidad tributaria, que condiciona la procedencia de las exenciones o exoneraciones de tributos, a su previa consagración en una ley formal o en un instrumento con rango de ley; de allí pues, que en esta perspectiva, debe concluirse que la actividad de fomento de la Administración Pública está regida por el principio de reserva legal, y obviamente por el de legalidad.

Cierto es que otros aspectos atinentes a esta clase de actividad administrativa pueden también estar regulados por instrumentos de rango legal, tales como los requisitos para el otorgamiento de la ayuda, el monto de la misma, el órgano competente o delegado, etc, pero igualmente sin que ello comporte una violación al indicado principio de reserva de ley, pueden estar establecidos en instrumentos de rango sublegal. Lo importante de destacar es que en ambas hipótesis la actividad de la Administración aparece regida por el principio de legalidad.

Conviene señalar con relación al citado principio de legalidad presupuestaria (previsión de los fondos para los gastos que origine la acción de fomento), que la doctrina española está conteste en que si la Administración otorga una subvención, sin que aparezca contemplada en el presupuesto, la misma resulta inexigible por parte de la empresa o persona estimulada; sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que en esa hipótesis (falta de cobertura presupuestaria), el particular está facultado para ejercer una acción de responsabilidad contractual o extracontractual con la finalidad de lograr que le sean resarcidos los daños que le ha ocasionado la Administración al otorgarle un beneficio sin consignación presupuestaria, porque como sostiene MARTIN RETORTILLO (1988) "...ya que al fin y a la postre es siempre la ley sustantiva la que reconoce el derecho a las medidas de fomento, limitándose la Ley de Presupuesto a posibilitar la exigibilidad temporal del gasto".

Por lo que corresponde a un aspecto que a veces se olvida del principio de legalidad administrativa, como lo es el ejercicio de potestades discrecionales, es preciso reiterar que hasta hace poco tiempo la Administración disfrutaba de potestades discrecionales casi absolutas en la adopción de las medidas de fomento, debido al carácter benéfico o de liberalidad que se les atribuía, pero una vez que se inicia el proceso de juridificación de esta actividad, observamos una tendencia a reducir significativamente esa amplísima discrecionalidad, al punto que las normas que la regulan suelen establecer no sólo los requisitos de procedencia y la cuantía de la ayuda, sino también el procedimiento constitutivo, e inclusive el derecho a ejercer recursos contra los actos que acuerdan o niegan las medidas, según el caso.

De todas maneras este cambio no llega a la transformación radical de las potestades discrecionales casi totales que detentaba la Administración, a potestades casi absolutamente regladas, para adoptar las medidas de fomento, pues el Derecho positivo sigue siendo receptivo de la tendencia histórica relativa a la libertad de los órganos administrativos en esta materia, razón por la cual los supuestos normativos contienen todavía amplios espacios discrecionales.

También se manifiesta el principio de legalidad administrativa, como afirma ARIÑO ORTIZ (2001), en la regulación de la relación de sujeción especial que se configura entre la Administración que otorga la ayuda económica y el particular que la recibe, dado que éste asume cargas y obligaciones, especialmente la relativa a la realización de la actividad estimulada, en los términos convenidos, y aquella adquiere poderes de control exclusivamente sobre el desarrollo de dicha actividad, y desde luego que esa situación tiene

que ser disciplinada por normas de rango legal o sublegal, según el correspondiente ordenamiento.

Queda así demostrado que la actividad de fomento no escapa al principio fundamental de legalidad a que está sometida la Administración, y que debido a su particularidad, el referido principio admite las modulaciones antes enunciadas.

Por último, quedaría por discutir en cada ordenamiento, atendiendo a la particularidad de la actividad de fomento, la metodología para desagregar el principio de legalidad, y lógicamente traducir ese resultado al Derecho positivo, pues en ese orden de ideas conviene recordar que algunos autores se pronuncian por reservar a la Ley parámetros que consideran fundamentales, tales como las condiciones o requisitos de procedencia de las medidas de fomento, el tipo de medidas, las condiciones básicas para su obtención, y la cuantía de las mismas, pudiendo la Administración por vía de Reglamento establecer las condiciones, circunstancias, modos y términos para la aplicación de esas disposiciones legales.

Otros autores estiman que dada la naturaleza de la actividad de fomento de la Administración, debe reservarse a normas de rango legal únicamente el establecimiento de las medidas económicas que puede adoptar la Administración, dejando al reglamentista la libertad para establecer el resto de los parámetros que permiten su ejercicio, pues en su criterio, así lo impone el aspecto teleológico de las mismas, máxime si el mismo se inscribe dentro del marco de la planificación económica, cuya ejecución puede implicar variaciones imprevistas o previstas, a las cuales tendrían que ajustarse las medidas de fomento, para lo cual resulta mucho más sencillo reformar el correspondiente reglamento, sencillez que como es sabido no caracteriza precisamente a las modificaciones legislativas.

6.3. La sujeción al principio de igualdad

Este principio juega un papel relevante a los fines de intentar garantizar que las actividades de fomento de la Administración, no comporten discriminación de los particulares interesados en ser favorecidos con las medidas de fomento, e inclusive a los no interesados en el correspondiente procedimiento. Y es que precisamente la igualdad viene a convertirse en un talón de Aquiles de esta categoría de actividades administrativas, por un motivo elemental: siempre serán muchos los que pretendan beneficiarse de las ayudas de la

Administración, e igualmente siempre serán reducidos los recursos a disposición del Estado con ese fin. Es así que la Administración debe dentro del natural margen de discrecionalidad que le otorga el ordenamiento, actuar absolutamente apegada a los cánones legales para evitar incurrir en la violación de este principio, cuya importancia en la apreciación de este tipo de actos de la Administración ha sido destacada por la jurisprudencia.

En efecto, son muchas las sentencias en que los órganos jurisdiccionales han utilizado el principio de igualdad constitucional para determinar si una medida de fomento otorgada o negada por la Administración resulta legal o ilegal. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo de España ha sostenido que la Administración no puede establecer ayudas públicas o becas para estudiantes, excluyendo de entrada a los estudiantes de institutos privados no subvencionados con fondos públicos, en virtud de que ello lesiona el principio de igualdad constitucional. En esa misma línea se orienta la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1985, al pronunciarse sobre las Leyes de Presupuestos del Estado de 1983 y 1984, y señalar que resultaba contrario al principio de igualdad el sistema de subvenciones estatales contemplados en esos textos legislativos, debido a que estaban reservadas exclusivamente a las centrales sindicales más representativas, excluyendo a las demás.

Por consiguiente, queda claro que la Administración cuando adopta medidas de fomento, además de ajustarse al principio de legalidad, está obligada a compatibilizarla con el principio de igualdad, lo que no deja de resultar una tarea difícil, porque casi siempre la actuación administrativa supondrá la selección de unos y la exclusión de otros. Sin embargo, precisamente la aludida compatibilización consiste en que esa selección y exclusión no den lugar a predicar fundadamente discriminaciones. En todo caso, la doctrina y el Derecho positivo se han encargado de establecer ciertos elementos que contribuyen a lograr esa compatibilización. En ese sentido SANTAMARIA (1999) sostiene que las ayudas económicas deben otorgarse conforme a un régimen presidido por los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, al que deben someterse todos los interesados, y al mismo tiempo que el otorgamiento debe llevarse a cabo mediante procedimientos licitatorios competitivos, basados en que los seleccionados deben ser aquellos que al realizar la actividad promocionada, rindan beneficios o mayores beneficios al interés general.

Por otra parte, ARIÑO ORTIZ (2001), en la misma línea de proponer elementos que tiendan a garantizar el respeto del principio de igualdad en la adopción de las medidas de fomento, invoca el principio de la libre competencia, y en tal sentido afirma que desde el punto de vista económico las referidas

medidas no pueden violar las reglas de la libre competencia, discriminando a los competidores no favorecidos por las ayudas. Pareciera que esta acotación del mencionado autor estuviera referida más bien a la actuación general de la Administración cuando dicta medidas de fomento, en el sentido de que está impedida de colocar en situación de ventaja a los que disfrutan de ayudas, sobre los que no tienen acceso a las mismas porque no las requieren. Sin embargo, en esta hipótesis más que infringirse el principio de igualdad constitucional, en realidad se infringe el principio de la libre competencia, que también está constitucionalizado, razón por la cual puede solicitarse jurisdiccionalmente su amparo.

6.4. La sujeción al principio de la libre competencia

Actualmente la mayoría de las Constituciones privilegian la libertad de empresa, cuyo ejercicio implica la libre competencia, que se ha convertido en los países europeos en el elemento básico del proceso de liberalización de sus economías, al punto que en todos ellos además del control ejercido por los órganos de justicia de la Unión Europea, han sido creadas Administraciones Independientes o Tribunales encargados de defender la competencia; de allí entonces que la actividad de fomento de la Administración no sólo debe cabalgar por senderos muy estrechos para no infringir el principio de igualdad, sino que dichos senderos se tornan más angostos cuando de lo que se trata es de preservar el principio de la libre competencia, dado que está sujeta a un doble control jurisdiccional: el interno y el de la Unión Europea. Inclusive el artículo 92 de la CEE, todavía vigente, prohíbe las ayudas otorgadas por los Estados miembros bajo cualquier forma, que falseen o amenacen de falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

7. El control de las medidas de fomento adoptadas por la Administración

Es cierto que corresponde, en primer lugar, al órgano administrativo que otorga la ayuda económica, ejercer las potestades de control que nacen de la relación de sujeción especial que se configura entre dicho órgano y el particular beneficiado, las cuales se reducen fundamentalmente a la comprobación de la realización de la actividad subsidiada en los términos convenidos. Pues bien, esas potestades serán examinadas en la oportunidad en que nos toque estudiar la medida típica económica: la subvención, pero en este acápite pretendemos referirnos sucintamente al control fiscal externo que ejercen órganos

especializados, como son los Tribunales de Cuentas en Europa y las Contralorías Generales en América Latina.

La base de las potestades de control de los referidos órganos radica en que todas las medidas de fomento que se traducen en técnicas económicas implican un gasto público, o bien afectan a los ingresos públicos, razón por la cual dichos órganos de control externo están facultados por disposiciones constitucionales o legales para inspeccionar, vigilar y controlar a la Administración Económica, cuando adopta medidas de fomento, pero es necesario destacar que al mismo tiempo esa potestad suele extenderse también a los particulares perceptores o beneficiarios de dichas medidas, a los fines de determinar no sólo si están utilizando las ayudas que les han sido concedidas para realizar la correspondiente actividad, sino también si lo hacen o lo han hecho en forma eficaz y eficiente (especie de control de gestión).

En sede doctrinaria se han suscitado discusiones acerca de la fundamentación conceptual que sirve de base a los órganos de control fiscal para vigilar e inspeccionar la actividad de los particulares, e inclusive en determinadas hipótesis declarar su responsabilidad, cuando ejecutan las ayudas que les proporciona la Administración. Así, por ejemplo un sector de la doctrina española sostiene que los beneficiarios de las ayudas económicas, en su condición de tales, forman parte del sector público, y por consiguiente pueden ser sometidos a ese control. MARTIN RETORTILLO (1988) rechaza esa posición, por considerar que el ordenamiento jurídico define claramente a los integrantes del sector público, dentro de los cuales no figuran los particulares que reciben medidas de fomento, y además porque una vez que éstos reciben esos auxilios, los mismos pasan a formar parte de sus correspondientes patrimonios, y por ende, pierden su carácter de fondos públicos.

Otro sector de la doctrina justifica el control sobre los particulares y sus actividades, argumentando que como consecuencia de la recepción de esos fondos públicos, se produce una "publicatio" de la actividad privada realizada con los mismos, razón por la cual queda sometida a la fiscalización del órgano -en ese caso el Tribunal de Cuentas- en todo lo que se refiere al empleo efectivo de dichos fondos en el cumplimiento de los fines concretos para cuya consecución se otorgaron. Como expresamos antes, este control externo comprende tanto al de legalidad como al de gestión (eficiencia, eficacia y economía en la utilización de los recursos públicos transferidos), y desde luego debe ajustarse al procedimiento delineado en la Ley que regule al órgano de control fiscal.

De otro lado, si las medidas de fomento se expresan en actos formal y sustancialmente administrativos, en los países de régimen administrativo su control de legalidad debe estar encomendado a los órganos de la denominada jurisdicción contencioso administrativa. Hoy en día esto constituye un principio casi elemental, cuya consagración fue el resultado de la evolución de las instituciones y de la jurisprudencia, pues como es dable imaginarse durante mucho tiempo se pensó –por cierto erróneamente- que las amplias potestades discrecionales que detentaba la Administración en la adopción de este tipo de actos, conducía a su exclusión de la revisión jurisdiccional. En esa evolución hubo una época en que se impuso la tesis de la revisión judicial, pero como prevalecía el criterio de que la mayoría de estas medidas, sobre todo la subvención, que como hemos dicho es la más importante, detentaban la naturaleza jurídica de la donación o liberalidad, entonces cualquier demanda debía ser interpuesta ante la jurisdicción civil, tesis esta que obviamente ha sido totalmente superada.

Hace ya bastante tiempo que está fuera de toda discusión la naturaleza administrativa de estas medidas, incluyendo a la subvención, las cuales han venido siendo rodeadas de un conjunto de garantías, mediante disposiciones normativas, tendientes a preservar fundamentalmente el principio de igualdad, y a reducir los amplios márgenes de discrecionalidad de la Administración en su otorgamiento, acudiendo para ello al establecimiento de procedimientos reglamentados de tipo competitivo. La consagración de esta clase de procedimientos ha permitido que aumente significativamente el número de legitimados para impugnar las medidas de fomento, inclusive la jurisprudencia española ha articulado esa legitimación activa a los denominados "intereses competitivos", los cuales detenta cualquier particular por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento de otorgamiento. En otros términos, basta que participe en el referido procedimiento para que adquiera la condición de interesado; y en consecuencia, quede facultado para interponer recursos contra el acto que otorgó el beneficio a otro, o contra el acto denegatorio del mismo.

Sin dudas que la jurisprudencia acudiendo al mencionado criterio ha ampliado el control jurisdiccional de los actos de fomento emanados de la Administración, lo que resulta sumamente positivo porque pese a la creación de mecanismos para reducir la discrecionalidad de la Administración, así como el riesgo a la violación del principio de igualdad, debe reconocerse que este tipo de actuaciones administrativas siguen afectadas por graves vicios que se vinculan a la corrupción y al fraude, y por tanto, la ampliación del control sobre las mismas por los interesados a través de los recursos judiciales juega un

papel relevante en la atenuación de esos vicios, y en definitiva en la búsqueda de la realización de la justicia, porque al fin y al cabo los fondos que se transfieren a los particulares, son fondos públicos.

De modo, pues, que los órganos de control externo fiscalizan, inspeccionan y vigilan a la Administración que otorga los beneficios, así como a los particulares que los reciben, pudiendo en ejercicio de las facultades que les confieren los respectivos ordenamientos, si fuere el caso, abrir los procedimientos pertinentes con el objetivo de declarar la responsabilidad civil o administrativa, de los titulares de la Administración o de los propios particulares. Insistimos en que corresponderá analizar cada ordenamiento jurídico para determinar hasta donde llegan las potestades de los órganos de control fiscal, cuando ejercen sus funciones sobre la actividad de fomento.

8. La subvención

8.1. Definición

Recordamos que dentro de todas las medidas de fomento, las ubicadas en la categoría de las técnicas económicas son las más importantes, y que la más emblemática de todas ellas es **la subvención**, al punto que una parte de la doctrina y algunas legislaciones la elevan a la categoría de género de las técnicas económicas. En ese orden de ideas, cabe hacer notar que la mayoría de la doctrina española conceptúa a la subvención como una técnica de fomento, que consiste en la entrega por parte de la Administración Pública de un aporte patrimonial, generalmente de carácter dinerario, a fondo perdido, a un particular, para que éste realice una actividad que necesariamente debe coincidir con un interés público tutelado por la Administración. Es necesario advertir que no siempre es esa la concepción de subvención recogida por el Derecho positivo, pues suele ocurrir que las disposiciones legales la superen en extensión y alcance, como sucede por ejemplo con la Ley General Presupuestaria Española, modificada por la Ley de Presupuestos de 1991, cuyo artículo 81, la define "como toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o promover la consecución de un público".

Siguiendo esa misma orientación normativa el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, prescribe que subvención es "toda disposición gratuita

de fondos públicos realizada a favor de entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado".Una simple lectura de las definiciones doctrinarias y normativas españolas antes transcritas, evidencia que existe una clara diferencia entre ellas, en lo tocante a su alcance y extensión, puesto que la primera tiene una acepción restringida, y la segunda una acepción muy amplia, las cuales pasamos a examinar.

8.2. Análisis de la definición

Las variables básicas que permiten articular la definición de subvención antes transcrita son:

a) La atribución patrimonial

Es necesario que se produzca una atribución patrimonial al particular, la cual casi siempre es en dinero, al punto que algunos autores niegan que pueda consistir en bienes públicos que no están constituidos por una masa dineraria; no obstante, se trata de una posición reduccionista, porque nada obsta, desde el punto de vista jurídico, para que la atribución sea de bienes "in natura" o en especie que, desde luego, sean equivalentes a una suma de dinero. En ese orden de ideas, no podría negarse el carácter de subvención, por ejemplo, a los materiales de construcción (bloques, cemento, cabilla, etc), que la Administración proporcione a una empresa o persona que realiza un programa de viviendas populares, o la dotación de semillas, abono, etc. a unos agricultores que participen en un programa destinado a fomentar la agricultura. En fin, reconocemos que la atribución patrimonial tiende a ser en la mayoría de los casos en dinero, pero asumir esa posición en forma excluyente, negando cualquier modalidad de bien público, puede resultar contraproducente para la aplicación de las políticas de fomento por parte de la Administración, en virtud de que en determinadas circunstancias, atendiendo al correspondiente plan o política, puede requerirse que esa atribución sea "in natura" o en especie. Por otra parte, dejamos constancia que esta variable acota el contenido de la definición bajo examen, en virtud de que al tratarse de una atribución patrimonial (hecho positivo), no podrían calificarse como subvención por ejemplo las exenciones tributarias (hecho negativo). No obstante, los legisladores suelen separarse de este criterio, cuando definen como subvención **toda ayuda** que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o

dependientes de la Administración General del Estado. De allí entonces que resulte concluyente la tendencia legislativa a consagrar a un concepto muy amplio de subvención. Inclusive en el caso europeo esa tendencia está presente en el Tratado de la CEE, todavía vigente, bajo la denominación genérica de "ayudas públicas", que incluye literalmente a la subvención en sentido estricto o restringido, conjuntamente con todas las modalidades de medidas económicas de fomento antes mencionadas.

b) La atribución patrimonial tiene que ser a fondo perdido

En el marco de la definición doctrinal bajo análisis, resulta esencial que la atribución patrimonial sea totalmente gratuita; y por ende, no sujeta a devolución, sin que ello implique, como veremos más adelante, encuadrarla dentro del concepto de liberalidad o de donación. Ahora bien, esta variable es básica para sustentar la concepción restringida de subvención, pues el referido carácter gratuito conduce a excluir de la misma ayudas, como los anticipos, los avales, los préstamos, que comportan la obligación de un pago de capital o intereses, o de ambos, por parte del particular o empresa perceptores.

c) La atribución patrimonial tiene que ser a un particular

Esta variable sobre la cual se articula la definición doctrinaria bajo examen, niega que se configure una verdadera subvención, cuando la atribución patrimonial que hace la Administración es a entidades públicas, verbigracia las denominadas en el ordenamiento español subvención-dotación de servicios públicos, destinadas a mantener el equilibrio financiero de la concesión, mediante la cobertura del déficit originado en la fijación y cobro de las tarifas, y la subvención-consignación para entidades públicas. En fin, si se admite la validez de esta variable debe rechazarse cualquier intento de denominar subvención la atribución patrimonial, en dinero o en especie, por parte de la Administración Pública a cualquier ente público de carácter territorial o funcional. No obstante, los legisladores desmienten este criterio doctrinal al establecer, como hemos visto, que la subvención puede tener como perceptor a cualquier ente público.

d) La existencia de una relación de causalidad entre la atribución patrimonial de la Administración y la actividad que debe desarrollar el particular

Otra variable en la articulación de la definición bajo examen es la relativa a la necesidad de que pueda establecerse una relación de causa efecto entre la ayuda de la Administración y la realización de la actividad promocionada, que

siempre tiene que estar vinculada a un interés público, que debe realizar el particular, o también el ente público en el caso de que el ordenamiento admita que puede revestir el carácter de perceptor de subvenciones. Se trata de una verdadera afectación de fondos públicos al elemento finalista de toda medida de fomento, que como sabemos, es incentivar determinada actividad, en tanto que su realización es considerada relevante para la tutela de determinados intereses públicos.

De tal manera que si esa relación no aparece configurada y la Administración transfiere a título gratuito fondos públicos, entonces debería pensarse que se trata de un acto de donación, mas que de la técnica económica de subvención. Por cierto que la determinación de esta relación de causalidad constituye un elemento clave en el control que debe ejercerse sobre la Administración que concede subvenciones, porque es evidente que la inexistencia de la misma revelaría un verdadero fraude, por supuesto, siempre y cuando se admita que el elemento bajo examen, resulta esencial al concepto de subvención.

El examen de las cuatro variables esenciales sobre las cuales se construye el concepto de subvención pone de manifiesto los dos sentidos del mismo: estricto y amplio, correspondiendo el primero a una postura de la mayoría de la doctrina española, y el segundo una postura que obedece más a razones de política legislativa, y sobre todo de política económica. Desde luego, que será el análisis particular de cada ordenamiento el que permitirá dilucidar el verdadero sentido y alcance de esta técnica de fomento.

8.3. Modalidades o clases de subvención

Aun en el marco del concepto estricto de subvención, la doctrina ha podido aislar algunas modalidades de la misma. En tal sentido VILLAR EZCURRA (1999), destaca las siguientes:

a) Primas

Estas son una especie de subvención que lógicamente implican una aportación dineraria a un particular, cuando éste no sólo realiza una actividad vinculada a un interés público, sino que lo hace en determinadas circunstancias, o alcanzando ciertos resultados cuantitativos o cualitativos que son fijados previamente por la Administración. Generalmente se otorgan en el sector industrial, pero puede ser en cualquier otro, cuando las industrias alcanzan niveles óptimos

de producción. De tal manera que la actuación de la Administración tiene un carácter significativamente reglado, en virtud de que la norma delinea los presupuestos (nivel de producción, tipo de industria, monto de la prima, etc), que condicionan el otorgamiento de la prima. Por lo tanto, el mismo será procedente si se cumplen los extremos legales, y desde luego con carácter exposfacto, dado que sólo después que la actividad es realizada, es cuando resulta posible evaluar el indicador más importante (nivel de producción, por ejemplo).

b) Premios

Esta modalidad de subvención es prácticamente igual a la conocida bajo la denominación de primas, con la diferencia de que en su otorgamiento la Administración ejerce una potestad ampliamente discrecional. Por supuesto, que como toda actuación de fomento su finalidad es estimular una actividad vinculada con un interés público. Son ejemplos de esta especie de subvención, los premios que se suelen otorgar en artes, literatura, cultura, cinematografía, investigación científica, etc., los cuales además de implicar un reconocimiento honorífico, a la vez comportan la aportación de sumas dinerarias importantes a los premiados, inclusive en algunos casos generan pensiones vitalicias para los ganadores. Igual que las primas tienen un carácter exposfacto, pero a diferencia de éstas cabalgan entre las técnicas honoríficas y las técnicas económicas de fomento.

c) Becas

Esta es una modalidad de subvención que consiste en aportar una suma dinero a un particular con la finalidad de estimular el estudio o la investigación. Lo deseable es que en su otorgamiento prive el ejercicio de potestades regladas, pero nada obsta para que el ordenamiento determine que predomine el ejercicio de potestades discrecionales. Villar Ezcurra afirma que no deben confundirse las subvenciones otorgadas bajo la modalidad de becas, cuya finalidad es estimular la investigación y el estudio en determinadas materias (becas doctorales y postdoctorales, por ejemplo), con las becas que normalmente se otorgan para incentivar a la enseñanza o la educación en su perfil de servicio público, ya que en ese caso están destinadas a garantizar el principio de igualdad en dicho servicio, proporcionándole a las personas que carecen de recursos para estudiar, la posibilidad de acceder a las aulas de clase.

d) Subsidios

Esta es una modalidad de subvención que suele considerarse por parte de algunos autores, e inclusive en algunos textos legislativos, equivalente a la

subvención misma, de tal manera que ello autoriza a utilizar indistintamente ambos términos (subsidio y subvención). De todas maneras el subsidio es visto desde la óptica de un cierto sector de la doctrina como una modalidad específica de subvención, razón por la cual ha sido definido como el aporte dinerario que hace la Administración a una entidad financiera, para que ésta lo utilice en amortizar las cuotas que en concepto de cancelación de un préstamo debe pagar el particular cuya se actividad origina el subsidio. Sería el caso de un crédito agropecuario obtenido por un particular de una institución financiera privada, que supone su pago en cuotas de determinado monto, las cuales al otorgarse el subsidio en los términos antes indicados, permite disminuir el número de cuotas, o reducir el monto de cada una de ellas. Queda claro entonces que la atribución dineraria no se hace directamente al particular, sino a una institución financiera, pero dicha aportación tiene los mismos efectos en el marco de la actividad de fomento, que si la Administración la hubiese hecho al particular. Y también debe quedar claro que en algunos ordenamientos no se concibe el subsidio como una modalidad de la subvención, en los términos aquí expuestos, sino que también se utiliza el término como sinónimo de subvención.

8.4. El Régimen Jurídico de la subvención

8.4.1. Los principios generales

Como toda actividad de fomento la subvención, que por lo demás es la técnica más importante de esta clase de actividad administrativa, está sujeta a los principios jurídicos que examinamos precedentemente, esto es, al de legalidad administrativa, ya que se requiere que la Administración esté habilitada por una norma de rango suficiente para poder otorgarla; al de igualdad, porque pese a las dificultades que supone su preservación en este tipo de actos, resulta necesario que normativamente se establezcan las garantías para que tendencialmente se respete dicho principio; al de legalidad presupuestaria, porque se requiere que el gasto que debe erogarse con motivo de la concesión de la subvención tiene que estar contemplado en el Presupuesto (consignación presupuestaria), razón por la cual opera una interdicción legal tanto para otorgar subvenciones sin consignación presupuestaria, como de mayor cuantía a aquellas a la contemplada en la respectiva partida presupuestaria; y al de la libre competencia, cuyo respeto impone la conformación normativa de la subvención, de tal manera que su otorgamiento no rompa el límite del principio de la libre competencia, en el sentido de evitar su falseamiento, e igualmente la configuración de la amenaza de falseamiento.

Finalmente, aunque no se trata de un principio de rango constitucional como los anteriores, es necesario señalar la tendencia presente en muchos ordenamientos a consagrar, desde luego por instrumentos de rango legal, el principio atinente al carácter **no lucrativo** de la subvención, cuya aplicación impide que su monto total pueda ser superior al costo de la actividad promocionada. De esa manera se evita que el particular pueda desnaturalizar la finalidad de esta técnica de fomento, obteniendo un beneficio económico que no está destinado a lograr el fin público que orienta a la Administración al otorgar la ayuda. Por supuesto, que la violación del principio bajo examen constituye una causal de modificación, y según las circunstancias, hasta de revocación de la subvención.

8.4.2. Naturaleza jurídica de la subvención

Sobre la naturaleza de la subvención se ha discutido mucho en doctrina, inclusive la polémica se mantiene todavía, aunque fue superada categóricamente la tesis que propugnaba que constituía una liberalidad o donación, sustentada, como se expresó antes, no solamente en su carácter gratuito o a fondo perdido, sino en la gran libertad y discrecionalidad que detentaba la Administración para su otorgamiento. En la superación de la referida tesis quedó claramente demostrado que cuando la Administración otorgaba una subvención su actuación no obedecía a un "animus donandi", sino a la tutela de un interés público o general. En esa línea conceptual el Tribunal Supremo Español en sentencia del 9 de abril de 1988 asentó que "...Es de sentido común por pertenecer a la naturaleza de las cosas, la incompatibilidad existente entre la misión encomendada a la Administración gestora de los intereses generales de la sociedad, y la realización de actos de liberalidad, con el consiguiente traspaso de los fondos públicos a patrimonio de los particulares".

Pues bien, abandonada la postura que propugnaba el carácter de donación de la subvención, actualmente existe consenso doctrinario acerca de que es una figura propia del Derecho Público, con la diferencia que una parte de la doctrina estima que se trata de una relación contractual, desde luego bilateral, que se configura entre la Administración Pública y el particular, y otra parte sostiene que se trata de un acto unilateral derivado de un acto administrativo anterior, que hace nacer en el particular un derecho de crédito frente a la Administración, pero al mismo tiempo lo coloca en una situación compleja de cargas y obligaciones.

De la simple lectura de las tesis resumidas se infiere sin ningún tipo de dudas que la subvención constituye una relación jurídico administrativa,

obviamente de Derecho Público, e igualmente que la diferencia radica en el carácter unilateral o bilateral-contractual de la misma, para cuya dilucidación, visto que efectivamente pueden existir subvenciones en el cual el elemento contractual esté reducido a su mínima expresión, e inclusive pueda resultar inexistente, como en el caso de los ejemplos citados por GARRIDO FALLA (1989) relativos a subvenciones otorgadas discrecionalmente a entidades privadas de carácter benéfico, centros docentes, agrupaciones culturales o artísticas. Pero también ocurre que cuando la actividad de fomento de la Administración se inscribe en un plan económico, la tendencia apunta ciertamente hacia el establecimiento de las cargas y obligaciones del subvencionado mediante un convenio o contrato, así como las potestades de la Administración, configurándose así la denominada "acción concertada"; y por consiguiente, los rasgos de este tipo de subvenciones estarán fuertemente influenciados por el elemento contractual.

De allí que frente a estas situaciones, como asienta acertadamente Santamaría, en las que se presenta una especie de bloqueo derivado del enfrentamiento de tesis doctrinaria, lo más razonable es acudir al Derecho positivo, el cual podrá optar por una de las dos, o sencillamente ser receptor de ambas, estableciendo los prepuestos que condicionen de validez de cada una de ellas, o de una de ellas.

8.4.3. Las partes en la relación subvencional

Al configurar indudablemente la subvención una relación jurídico administrativa, por supuesto que la Administración es una de las partes de la misma, correspondiendo entonces determinar al instrumento normativo pertinente los órganos competentes para su otorgamiento, que generalmente son los superiores de los departamentos ministeriales, pudiendo igualmente disponer que éstos puedan delegar esa atribución. En caso de que el Estado forme parte de una Comunidad o de una Unión Económica, o inclusive de otra modalidad de integración, habrá de cumplir con las disposiciones del Derecho Comunitario al respecto. Así, por ejemplo en la Unión Europea el artículo 93 del Tratado CE, estatuye que antes de que un Estado conceda una subvención debe remitir una comunicación a la Comisión de la Unión, para que ésta conjuntamente con la representación de dicho Estado, determine la compatibilidad de la subvención con el principio de libre competencia que rige en la Unión Europea. En fin, dilucidar la actuación de la Administración en el otorgamiento de subvenciones obliga a examinar las disposiciones pertinentes de cada Derecho positivo. Si no existe una legislación especial sobre la materia, entonces entrarán a regir los principios generales contemplados en la Ley que

regula a la Administración Pública, así como los que puedan derivarse de la doctrina y de la jurisprudencia.

El beneficiario o perceptor es la otra parte de la relación subvencional, y detentará ese carácter aquel a quien se le transfieran fondos públicos, a los fines de que realice la actividad para la cual quedan afectados los mismos. En términos generales se puede afirmar, sobre la base del principio de igualdad, que todos los particulares que se encuentren en la situación prevista en la Ley tienen derecho a acceder a las subvenciones, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se exijan en las Bases que se dicten a tal fin. De modo, pues, que la libertad para ser perceptor de subvenciones constituye la regla, tocándole a los órganos de la Administración establecer para cada caso, por supuesto atendiendo a la finalidad perseguida con la actividad de fomento, los requisitos que se exigirán a los potenciales beneficiarios. No obstante, lo que sí resulta frecuente es que suele exigírseles de manera general que estén solventes con las obligaciones tributarias y con la seguridad social.

8.4.4. El procedimiento

Una de los pasos fundamentales para la superación de la discrecionalidad y la subjetividad que durante mucho tiempo predominaron en el otorgamiento de las subvenciones, y hoy prevalecen en menor medida, está constituido por el trazado normativo de un procedimiento constitutivo, consagrado para rodear esta actividad administrativa de las garantías de concurrencia, publicidad, objetividad y eficiencia, como lo exigen la mayoría de los ordenamientos. Lo ideal, debido a la particularidad de este tipo de actividad administrativa, es que se diseñe un procedimiento especial para el otorgamiento de las subvenciones, pero en caso de que éste no exista deberá aplicarse, en cuanto sea compatible, el procedimiento general mediante la cual la Administración Pública adopta sus actos.

La determinación de la existencia, así como de la configuración de un procedimiento especial, pasa por el examen de cada ordenamiento jurídico, no obstante, existen fases generales que están presentes en casi todos dichos procedimientos especiales, las cuales mencionamos a título ilustrativo, de manera muy sucinta: a) La iniciativa: se tiende a establecer que el procedimiento puede iniciarse a solicitud del interesado y de oficio, pero en realidad la diferencia entre estas dos vías algunas veces no parece muy clara, sobre todo cuando la selección del beneficiario depende de un concurso o licitación, ya que en ese caso la iniciación debe comenzar por la convocatoria formulada por la Administración, pudiendo ocurrir inclusive que aun cuando el particular haga la

solicitud, ella de lugar a la formulación de la convocatoria correspondiente. Demás está decir que la convocatoria juega un papel relevante a los fines de garantizar la transparencia de la actividad de fomento, en virtud de que en ella deben señalarse en forma particularizada todos los requisitos y condiciones exigidos para participar en el concurso o licitación, así como los parámetros de evaluación de los mismos. Entre otros cabe mencionar el objeto, las condiciones y la finalidad de la concesión de la subvención, el plazo de presentación de las peticiones, el plazo para terminar el procedimiento, los documentos que deben acompañar a la petición, los criterios de valoración de las peticiones, etc. b) La sustanciación. Una vez terminada la fase de recepción de las solicitudes, el órgano competente debe realizar de oficio las actividades de instrucción, entre las cuales destacan la solicitud de informes a los propios interesados o a otros órganos de la Administración Pública, la evaluación de las solicitudes conforme a los criterios contenidos en la convocatoria, la audiencia de los interesados y la elaboración de la propuesta de decisión; c) La decisión. Esta debe ser dictada por el órgano competente, debidamente motivada, dentro del plazo establecido legalmente. Sería deseable que se contemple el valor del silencio, estimatorio de la solicitud (positivo) o desestimatorio (negativo). Es necesario destacar que en ciertos ordenamientos suele otorgársele valor negativo, salvo en aquellos casos de renovación de subvenciones de carácter social, al que se le confiere valor positivo.

8.4.5. Los derechos y obligaciones del perceptor o beneficiario

Ya se conceptúe como acto unilateral o como relación contractual de Derecho Público, la subvención genera un derecho de crédito para el particular beneficiado, o mejor dicho un derecho a recibir su monto, de tal manera que una vez que la Administración decide conceder la subvención, inmediatamente adquiere la obligación de hacerla efectiva. Enfatiza MARTIN RETORTILLO (1988), que se trata de un auténtico derecho, razón por la cual no cabe hablar de su supuesto carácter precario, ni tampoco puede libremente la Administración proceder a su revocación.

A los fines de precisar el alcance de este derecho del perceptor, conviene hacer notar que las subvenciones se otorgan por cierto lapso, y durante el mismo debe la Administración cumplir su obligación. En lo tocante a este punto han surgido discusiones acerca de si la Administración debe continuar cumpliendo con esa obligación una vez fenecido el mencionado término, sobre todo en aquellos casos cuando la subvención está destinada a la producción de determinados alimentos, o a la construcción de ciertos tipos de viviendas para las clases populares. En tal sentido una posición doctrinaria minoritaria ha

pretendido sostener que la Administración debe continuar cumpliendo con la obligación, sobre la base de la tendencia a la consolidación en el tiempo de esas situaciones de ventajas para los administrados.

Sin embargo, la posición dominante, por lo demás ajustada a principios elementales de derecho, es que para el órgano administrativo una vez expirado el término, cesa la obligación en el pago del importe de la subvención, independientemente de la finalidad perseguida con la misma. Desde luego, que nada impide que se inicie el procedimiento de renovación, lo cual en caso de ser positivo, originará el inicio del decurso de un nuevo plazo. En fin, no existe obligación alguna para el órgano concedente de la subvención de mantenerla después del vencimiento del término establecido, ni tampoco tiene derecho alguno el perceptor para reclamarla.

Destaca entre las obligaciones y cargas del perceptor, como es obvio, la básica: realización de la actividad o adopción del comportamiento que sirvió de fundamento para concederle la subvención. Pero además los ordenamientos suelen complementarlas con otras, como las que a continuación se enumeran: el sometimiento a la potestad de control que debe ejercer la Administración con la finalidad de constatar que efectivamente realiza la actividad en las condiciones establecidas, así como las que corresponda al órgano de control externo (Tribunal de Cuentas o Contraloría); acreditar ante la Administración la realización de la actividad en las condiciones establecidas, y comunicar oportunamente a la Administración la obtención de otras subvenciones para la misma finalidad, concedidas por cualesquiera otras Administraciones. Esta obligación de notificación de otras ayudas es muy importante a los fines del respeto del principio que postula el carácter no lucrativo de la subvención.

8.4.6. Los derechos y potestades de la Administración concedente

Como expresamos antes, a la par de la obligación que nace para la Administración con el otorgamiento de la subvención, de transferir el correspondiente aporte patrimonial, surgen por obra de la Ley o del correspondiente convenio (acción concertada) para la Administración, un conjunto de potestades que SANTAMARIA (1999) resume así: derecho de exigir al beneficiario la completa realización de la actividad que motivó el otorgamiento de la concesión, el cual se complementa con la potestad de control que puede ejercer sobre el desarrollo de esa actividad, en el sentido de constatar si efectivamente los recursos públicos se destinan a la misma, así como el logro de las metas fijadas.

Hay que tener mucho cuidado con esa potestad de control de la Administración, la cual tiene que recaer estrictamente sobre la ejecución de la actividad que origina la subvención, y concretamente debería estar destinada a determinar si el aporte dinerario está siendo utilizado para llevar a cabo esa actividad en las condiciones establecidas. Cualquier otra pretensión contralora que exceda ese ámbito material sería excesiva e ilegal. Así por ejemplo, sería el caso de una agrupación religiosa a la que se le otorgue una subvención para el desarrollo de sus planes educativos, y la Administración pretendiera prohibirle que impartiera clases de religión.

Por otra parte, la Administración detenta la potestad de modificación de la subvención, única y exclusivamente cuando se alteren manifiestamente las condiciones tenidas en cuenta para su concesión, y cuando el beneficiario obtenga de otras Administraciones, e inclusive de sujetos privados, otras ayudas económicas que concurran en la realización de la misma actividad que sirvió de base para el otorgamiento de la concesión. El ejercicio de esta potestad de modificación tiene como finalidad evitar que la subvención sirva para que el beneficiario se lucre, tal como lo expusimos antes. Hay que reconocer que la referida potestad puede cobrar mayor fuerza cuando se comprueba que el particular incumple la obligación de justificación, o la de dedicación del monto integral de la subvención para lograr la finalidad para la cual fue concedida, o cuando se determine que obtuvo la subvención sin cumplir con las condiciones establecidas. En efecto, cuando se configuren las referidas hipótesis de incumplimiento, entonces la Administración debe revocar la subvención, y solicitar el correspondiente reintegro.

Desde luego que el respeto al principio del debido proceso impone que inicie un procedimiento con audiencia del interesado, pero una vez constatado uno o varios de los casos de incumplimiento procede la revocación de la subvención, y el beneficiario queda obligado a reintegrar el monto total de la subvención, con los correspondientes intereses que se cuentan a partir del momento en que recibió el aporte patrimonial. Cabe señalar que algunos autores como PARADA (1997) niegan que pueda hablarse de una verdadera revocatoria del acto de subvención, puesto que el mismo genera un derecho para el perceptor que a la luz del ordenamiento español no es susceptible de revocación; pero en cambio admite la figura de la obligación del reintegro, producto de la denominada "acción concertada", que opera cuando se dan los casos de incumplimiento antes señalados, e igualmente admite que el particular también está obligado en ese caso a cancelar los intereses legales. Por supuesto, que será el examen de cada ordenamiento el que permitirá

constatar la existencia de la figura de la revocación de la subvención y su eventual relación con la obligación del reintegro, y seguramente en dicho examen jugará un papel importante la tesis que predomine acerca de la naturaleza jurídica de la subvención.

8.4.7. La imposición de sanciones

Hemos dicho que existe consenso doctrinario acerca del carácter de relación jurídico administrativa que se configura con la subvención, lo que resulta independiente de las posiciones que se asuman acerca de su naturaleza jurídica (acto unilateral o relación contractual), razón por la cual los ordenamientos además de consagrar la figura de la revocación-reintegro, o sólo del reintegro según el caso, a la vez pueden erigir las mismas causales de incumplimiento que condicionan la procedencia de la indicada figura, en causales de sanciones administrativas. O sea, que por una parte se produce el reintegro, con la cancelación de los correspondientes intereses, pero simultáneamente se le otorga a la Administración la potestad para imponer sanciones al particular, que en España comprenden multas hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada, la pérdida durante un plazo de cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y la prohibición durante un plazo de hasta cinco años para celebrar contratos con el Estado u otros entes públicos.

Pensamos que a primera vista pudiera parecer exagerada la regulación que acomuna a la revocación-reintegro, las sanciones administrativas por los mismos hechos (incumplimientos antes enumerados), porque cualquiera tiene derecho a pensar que con el reintegro del aporte dinerario con sus correspondientes intereses, la Administración queda resarcida de cualquier daño derivado del incumplimiento del perceptor; pero una pretendida justificación de ese tenor, ignora que la actividad de fomento de la Administración Pública generalmente se inscribe dentro de un Plan para intervenir indirectamente en la economía, siempre con la finalidad de tutelar específicos intereses públicos. De tal manera que el incumplimiento del beneficiario de la subvención no sólo daña patrimonialmente a la Administración, sino que la afecta en su misma razón de ser, que no es otra que el cuidado de los intereses generales. Por esa razón cuando el beneficiario incumple sus obligaciones, impide u obstaculiza que la Administración cumpla su cometido; de allí la necesidad de las sanciones, las cuales aunque sean administrativas cumplen un efecto pedagógico para los sancionados, así como para los potenciales perceptores de subvenciones.

9. La Actividad Administrativa de Fomento en Venezuela (Las Subvenciones)

9.1. Premisa introductoria

Pese a que la Constitución de 1999, como lo veremos enseguida, consagra un concepto muy amplio de fomento, y al mismo tiempo configura a la actividad administrativa de fomento como un título hablilitante de intervención en la actividad de los particulares en diversos sectores: económico, social, cultural, etc., todavía no existe un marco normativo que sistematice aunque sea a nivel de grandes principios, tan importante actividad. En efecto, es cierto que las indicadas disposiciones constitucionales encuentran desarrollo en múltiples textos legislativos, pero lamentablemente sin ningún tipo de hilo conductor que asegure o garantice que las ayudas económicas del Estado estarán efectivamente destinadas a que los particulares realicen actividades coincidentes con la tutela de un interés público. Dicho en otros términos, que se configure una relación de causalidad entre el auxilio económico proporcionado por la Administración, y la actividad del particular coincidente con un interés público, o con el interés general.

Reiteramos que en varias leyes, la mayoría de ellas sancionadas recientemente, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, aparecen delineadas, trazadas o simplemente asomadas técnicas de fomento, tales como incentivos fiscales, exoneraciones tributarias, becas, subsidios, préstamos, etc., pero su regulación por no obedecer a un marco conceptual definido, se presenta en forma aislada y muchas veces yuxtapuesta. Todas ellas ciertamente están orientadas a promocionar actividades realizadas por los particulares estrechamente vinculadas a un interés público, pero a partir de allí las disposiciones que las contienen tienden a olvidar el establecimiento de mecanismos idóneos que garanticen que la inversión de los recursos públicos de esa especial manera, responda a las metas que se ha fijado la Administración, cuando existen esas metas. Tal es la situación que puede ocurrir y ocurre que la misma técnica de fomento sea regulada de manera distinta en diversos instrumentos jurídicos. En fin, estimamos que los diseñadores de la política económica –y nos referimos al sector económico porque es el más propicio para la aplicación de este tipo de medidas- no han logrado comprender tanto en su dimensión histórica como actual la importancia de la actividad administrativa de fomento en el desarrollo económico, y desde luego tampoco han ponderado su opción cuando recurren a estas medidas, en forma aislada, muchas veces acercándose más a una visión asistencial, que a una visión de desarrollo. Tal

vez esa sea la razón que explique la inexistencia de una disciplina general, aunque sea a nivel mínimo, que regule la importantísima actividad de fomento que realiza el Estado venezolano.

En el presente trabajo nos limitaremos solamente a examinar la actividad administrativa de fomento en el marco de la Constitución de 1999, y posteriormente analizaremos a título de muestra tres o cuatro de las leyes más importantes que contemplen técnicas económicas de fomento, a los fines de determinar si sus regulaciones se inscriben dentro de los lineamientos generales de la actividad de fomento formulados por la doctrina del Derecho comparado. Desearíamos contar con la ayuda tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pero la misma resulta prácticamente inexistente, pese a que el Estado venezolano tiene muchos años utilizando este tipo de técnicas, al punto que uno de los primeros ministerios creados en Venezuela (a mediados del siglo XIX) fue el Ministerio de Fomento, recientemente suprimido.

9.2. La regulación de la actividad de fomento en la Constitución de 1999

9.2.1. El fomento derivado del preámbulo y de la cláusula relativa al Estado social

En primer lugar, debemos dejar sentado que la actividad de fomento también estaba contemplada en la Constitución de 1961; pero en la de 1999 tal vez respondiendo a la definición recogida en esta última, acerca de Venezuela como Estado Social, la regulación no sólo se perfecciona sino que se amplía tanto desde el punto de vista conceptual, como en el número de preceptos constitucionales dedicados a esa finalidad. En efecto, desde el mismo Preámbulo es posible inferir la voluntad del constituyente de consagrar la acción de fomento, desde luego, para que sea ejercida por los Poderes Públicos, pues no debe olvidarse que en una perspectiva finalista con esta acción el Estado persigue el bienestar de los ciudadanos. Esa era la idea manejada por los teóricos de la Ilustración, y fue la que pasó a la Administración decimonónica europea, y la que también sirvió de base a la construcción del concepto de fomento como título de intervención en la actividad de los particulares por parte de la Administración.

Pues bien, ese elemento teleológico del concepto de fomento, como expresamos antes, aparece recogido en el Preámbulo de la Constitución, cuando el mismo expresa "....asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la

educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación y sin subordinación alguna", ciertamente en términos no muy precisos, pero que sin dudas traducen el objetivo relativo a la consecución del bienestar de los ciudadanos, tal como lo concebían originalmente los teóricos de la Ilustración.

Es necesario destacar que la Constitución de 1999, siguiendo el modelo de las Constituciones alemana y española, proclama expresamente en su artículo 2, el carácter de Estado social de Venezuela, sin que ello signifique que antes, por lo menos durante la vigencia de la Constitución de 1961, en la cual no aparecía explícitamente tal definición, no fuese un Estado social, es decir, que no estuviese comprometido con el bienestar de la sociedad, siendo la diferencia que ahora aparece erigido en un imperativo constitucional expreso.

Pues bien, insistimos en que no cabe ninguna duda que estamos frente a una cláusula constitucional mediante la cual se constituye a Venezuela en un Estado social, e independiente de la posición que se asuma sobre su interpretación, en torno a la cual tanto una parte de la doctrina como la jurisprudencia coinciden, según PEREZ ROYO (2001), en que "1) de dicha fórmula no es posible deducir pretensiones inmediatas por parte de los ciudadanos; 2) es en el desarrollo legislativo del Estado Social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica; 3) el Estado Social es un criterio de interpretación de las normas infraconstitucionales y de orientación de la actividad de los poderes públicos; 4) existe una interdependencia entre la efectividad de la fórmula jurídica y la realidad económica, ya que Estado de Derecho puede serlo un Estado pobre, pero un tal Estado difícilmente puede ser un Estado Social".

Dejamos constancia que otra parte de la doctrina afirma que sí pueden ser deducidas pretensiones inmediatas por los ciudadanos, e inclusive que dicha cláusula tiene una "vis expansiva" que legitima la introducción de cambios en la Constitución económica, que al parecer fue la tesis seguida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia dictada el año 2002, sobre los denominados "créditos indexados".

No obstante, con prescindencia de las señaladas tesis, lo que resulta indiscutible es que la cláusula constitucional sobre el Estado social, a diferencia de lo que ocurría durante el Estado liberal de derecho, conduce a la intervención de los Poderes Públicos sobre la realidad social y económica, a los fines de ordenarla o regularla con la finalidad de promover el bienestar de la sociedad, y de manera muy especial el de los sectores menos favorecidos de la misma. Ahora bien, pensamos que este sustrato conceptual aparece claramente recogido en el artículo 2 de nuestra Constitución, pues aunque está vinculado a las nociones

de Estado democrático, de derecho y de justicia, de todas maneras revela esa idea nuclear de incidir sobre la realidad social y económica en pro de la denominada "procura existencial" de los ciudadanos, cuando alude a los valores de justicia, de igualdad, de solidaridad y de responsabilidad social.

Más aún, es posible afirmar que el artículo 2 constitucional es la "norma de entrada del Estado social", en virtud de que la misma encuentra múltiples ramificaciones en el resto de la Carta Fundamental. Basta mencionar a título ejemplificativo el artículo que fija como fin del Estado la promoción de la prosperidad y el bienestar social del pueblo (art.3); el artículo 299 que declara que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los principios de **justicia social, solidaridad, protección del ambiente...** a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad..." . Igualmente pauta que corresponde al Estado conjuntamente con la iniciativa privada promover el desarrollo armónico de la economía nacional a fin de generar fuentes de trabajo, elevar el nivel de vida de la población para **lograr una justa distribución de la riqueza.**

Normas de igual tenor están contenidas en varios de los artículos que conforman los capítulos concernientes a los "derechos sociales" y a los "derechos económicos". Así, por ejemplo los artículos 76 (protección de la maternidad), 79 (derechos de los jóvenes a ser sujetos activos del proceso de desarrollo), 82 (derecho a la vivienda), etc. y en lo tocante a los derechos económicos los artículos 112 (la libertad económica sujeta a las restricciones derivadas de razones de sanidad, protección del ambiente y de interés social); 115 (derecho de propiedad sujeto a las limitaciones derivadas de causas de utilidad pública o interés social), 117 (garantía de los derechos de los consumidores) etc. En ese mismo sentido aparece concebido el artículo 307 que declara el latifundio como contrario al interés social.

Queda pues, demostrado que la cláusula constitucional bajo examen no es una mera fórmula principista, sino que encuentra desarrollo o ramificación a lo largo de la Constitución, motivo por el cual los Poderes Públicos están obligados bien en ejecución directa del texto constitucional, o bien mediante su desarrollo en textos de rango legal, a intervenir sobre la realidad económica y social, con la finalidad antes indicada. Es cierto que en esa intervención el Estado puede acudir a diversas formas o técnicas de actuación, siendo hoy en día, cuando también está vigente el principio constitucional de la libre competencia, la **actividad de fomento**, una de las más propicias para lograr esa provisión de los denominados servicios sociales, pues de lo que de se trata, como ya lo expusimos antes, es de incentivar, estimular o promover aquellas

actividades de los particulares, sobre todo en el campo económico, que sean coincidentes con intereses tutelados por la Administración Pública, e inclusive puede ser utilizada hasta para intentar corregir las fallas que presente el libre mercado.

En fin, resulta concluyente que la aplicación de la cláusula constitucional de Estado social, conceptuada en los términos antes expuestos, conduce inexorablemente a que los Poderes de Estado utilicen la actividad de fomento, como uno de los instrumentos más importantes para tornar operativo el desideratum implicado en la misma, máxime si se tiene en cuenta que el aspecto teleológico de dicho tipo de acción coincide con el del Estado social, esto es, el bienestar social de la colectividad, de tal manera que si en el texto constitucional no existiera ninguna referencia al fomento, de todas maneras los órganos competentes de los Poderes Públicos estarían facultados para utilizar sus técnicas fundamentales.

9.2.2. El concepto amplio y restringido de fomento que puede derivarse de la Constitución de 1999

El examen de la Constitución evidencia que el constituyente además de guardar la debida congruencia entre el concepto de Estado social y la acción de fomento de los Poderes Públicos, al regular la indicada actividad siguió el mismo modelo de técnica constituyente utilizado para la consagración del Estado social, pues a partir de su enunciación implícita en el Preámbulo, continuó con una especificación de principio en el artículo 3, al erigir al fomento como un fin esencial del Estado, cuando pauta que a éste le corresponde "... **la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo**", para seguir particularizando todos los sectores sobre los cuales debe recaer ese tipo de acción, a saber **promoción** de la elevación de la calidad de vida como parte del derecho a la salud (art. 83); **promoción** de la salud (art. 84) **fomento** del empleo (art. 87), **fomento** de la cultura (art. 99), **incentivos** y **estímulos** a las actividades culturales en el país, y a la cultura venezolana en el exterior (art. 100); **promoción** de la educación ciudadana (art. 102), **fomento** de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y la innovación y sus aplicaciones (art 110); **promoción** del deporte y de la recreación (art. 111), **promoción** del desarrollo económico y la participación a nivel municipal (art.178), **promoción** del desarrollo armónico de la economía nacional (art. 299), **promoción** de la manufactura nacional de materias primas provenientes de recursos naturales no renovables (art.302); **promoción** de la agricultura sustentable (art. 305), promoción del desarrollo rural integral (art. 306), **promoción** de las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola

(art. 307) ; **promoción** de la pequeña y mediana industria, las cooperativas y las cajas de ahorro (art. 308) y; **protección especial** de la artesanía y las industrias populares típicas de la Nación, mediante facilidades crediticias (art. 309).

La enumeración anterior que no pretende ser exhaustiva, demuestra la gran importancia que el constituyente de 1999 le confirió a la actividad de fomento de los Poderes Públicos para lograr tornar operativa la cláusula del Estado social, importancia que no es únicamente cuantitativa (gran número de preceptos), sino también cualitativa (importancia de las materias sobre las cuales debe incidir este tipo de acción). Ahora bien, dada las características que reviste la consagración constitucional del fomento, resulta necesario esclarecer su alcance y naturaleza, y al respecto conviene recordar que generalmente la doctrina mayoritaria al sistematizar la actividad que desarrolla la Administración Pública, la clasifica en tres grandes clases: **actividad de policía, de servicio público y de fomento**, pero que al mismo tiempo otro sector postula la necesidad agregar nuevas categorías, derivadas de las tres mencionadas, como lo expusimos precedentemente.

Sin embargo, hemos traído nuevamente a colación esa clasificación para poner en evidencia, que pese a su validez, reduce el concepto de fomento a una actividad exclusiva y excluyente de la Administración Pública, lo que a la luz de los preceptos constitucionales transcritos pareciera erróneo, pues por el contrario de los mismos se desprende una concepción muy amplia, ya que abarca a todos los Poderes Públicos, especialmente al Ejecutivo y al Legislativo, tanto nacionales, estadales como municipales, e igualmente puede traducirse en actos administrativos y actos normativos. En efecto, si el elemento teleológico de la acción de fomento consiste en el logro del bienestar y progreso de la sociedad, tal como se desprende del preámbulo y del artículo 3 de la Constitución, y aparece especificado en cada uno de los citados preceptos constitucionales que identifican las materias sobre las cuales debe incidir la referida acción, reglas elementales de lógica formal y jurídica conducen a concluir que corresponde a todos los Poderes Públicos realizar las actividades de fomento, ciertamente en sus respectivas esferas de competencia, en acatamiento de los principios de separación de poderes y de legalidad.

En suma, de la Constitución se desprende un concepto amplio de fomento que va más allá del manejado generalmente por los administrativistas, quienes lo limitan únicamente a una categoría de la actividad administrativa, razón por la cual es considerado como una competencia exclusiva y excluyente de la Administración Pública. Es necesario subrayar que dicha concepción, por supuesto, **restringida** del fomento, resulta correcta en el

marco del Derecho Administrativo, pero al mismo tiempo debe admitirse que es igualmente correcta la señalada concepción **amplia** derivada del Derecho Constitucional. En esta perspectiva conceptual la actividad de fomento puede provenir de cualquier Poder del Estado, especialmente, como dijimos antes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, motivo por el cual puede ejecutarse mediante actos administrativos y normativos, pudiendo ser estos últimos de rango legal o infralegal, e inclusive acudiendo a otro tipo de actividades como son la de policía y la de servicio público.

Ha de advertirse que aparte de la innegable importancia que reviste el esclarecimiento, desde el punto de vista académico y científico, de la naturaleza y alcance de la acción de fomento en la Constitución de 1999, que la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo extranjeras, siempre han dedicado todos sus esfuerzos a estudiar la actividad de fomento en sentido restringido, es decir, como proveniente de la Administración Pública. Tal vez ello se deba a que históricamente siempre ha correspondido a los órganos administrativos ejercer este tipo de actividad, con todos los problemas que dicho ejercicio ha suscitado en torno a la preservación de los principios constitucionales de igualdad, de legalidad y de libre competencia, y a los legales de objetividad transparencia y eficiencia, todos hoy en día resueltos casi totalmente por los diversos ordenamientos jurídicos, lo que ha conducido a la doctrina, por las indicadas razones prácticas que aún se mantienen, a centrar su examen exclusivamente en el concepto restringido de fomento.

Pues bien, sin desconocer la importancia de la aludida concepción restringida de fomento, reiteramos que en el marco del Derecho Constitucional venezolano también debe tenerse muy en cuenta la concepción amplia, la cual seguramente jugará un papel relevante en la oportunidad en que se dicte la Ley que enumere las competencias concurrentes de los Poderes Nacional, Estadal y Municipal, a los fines de echar a andar el proceso de descentralización siguiendo las pautas de la Constitución de 1999, pues sin dudas que atendiendo a la referida concepción amplia, será necesario admitir que el fomento es una competencia concurrente de los tres entes territoriales, y lo que es más importante aún, que esa concurrencia se extiende a las materias antes identificadas, sobre las cuales por imperativo constitucional debe recaer esa acción.

Por último, ha de reconocerse que ante la ausencia de uno o varios instrumentos jurídicos que disciplinen las actividades de fomento en forma sistemática, en los cuales se consagren las diversas medidas, los presupuestos de procedencia, el monto de las medidas, el mecanismo de la acción concertada,

la garantía de los principios de transparencia, objetividad, concurrencia y eficiencia en la adopción de las medidas, las causales de modificación, revocación y reintegro de las medidas, la responsabilidad administrativa de los perceptores, el control del ente concedente y del órgano de control externo sobre la actividad estimulada, etc., sólo resta, como expresamos antes, tratar de derivar esos lineamientos, de los múltiples instrumentos normativos que regulan bajo diversas denominaciones (estímulos, incentivos fiscales, exenciones, subsidios, becas, etc) medidas de fomento.

9.3. Instrumentos normativos que disciplinan medidas de fomento

Repetimos que debido a la inexistencia de una disciplina normativa, que aunque en forma mínima, trace los lineamientos generales en esta materia, nada obsta para que cualquier ley contenga en forma aislada un dispositivo que autorice el otorgamiento de una medida de fomento, razón por la cual resulta muy difícil hacer una lista que agote todos los casos. Por esa razón nos limitaremos únicamente a enunciar las leyes que resultan más emblemáticas, porque su propia denominación permite presumir que tienen como objetivo directo o indirecto fomentar un determinado sector o actividad. A continuación enumeramos algunas de ellas: Decreto Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, Decreto Ley sobre el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones; Ley de Estímulo al desarrollo de las actividades Petroquímicas, Carboníferas y similares; Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología e Innovación; Ley del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social; Ley del Banco de Comercio Exterior; Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido; Ley de Creación y del Régimen de la Zona Libre para el Fomento de la Inversión Turística en la Península de Paraguaná, Estado Falcón; Ley del Fondo de Crédito Industrial; Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional; Decreto Ley de creación del Fondo Unico Social; Ley de Tierras y de Desarrollo Agrario; Ley Orgánica de Seguridad Social; Decreto Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Industria y Ley del Banco Industrial de Venezuela.

Insistimos que se trata de una lista incompleta, pero suficiente para aproximarse a las diversas medidas de fomento utilizadas por el legislador venezolano, e intentar otear algunos de sus rasgos generales, en virtud de la forma aislada en que aparecen consagradas. Por tanto, nos corresponde realizar el examen muestral de algunos de los instrumentos normativos antes mencionados, con la finalidad de tratar de encuadrar las medidas que contemplan en la disciplina general de esta clase de actividad administrativa.

9.4. Las principales técnicas económicas de fomento previstas en el ordenamiento jurídico, examinadas a la luz del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, el Decreto Ley de Creación, Estímulo Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, la Ley Orgánica de Seguridad Social y la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional

9.4.1. La subvención

Como expresamos antes, la subvención junto a los créditos, los anticipos, los incentivos fiscales y las exenciones y exoneraciones fiscales o tributarias, constituyen las denominadas técnicas económicas de fomento, es decir, las medidas que puede adoptar la Administración para estimular las actividades de los particulares vinculadas a un interés público. También señalamos siguiendo a la doctrina española que la subvención era y es la más importante de todas esas medidas, al punto que algunos autores son partidarios de convertirla de especie a género de las técnicas económicas de fomento. Reiteramos que en Venezuela no existe ninguna disciplina legislativa sobre la figura de la subvención, motivo por el cual examinaremos algunos dispositivos que la consagran en las leyes mencionadas en el epígrafe, para tratar de inferir los principios que regirían en nuestro país. En esa línea argumental observamos que el artículo 49 de la Ley Orgánica de Seguridad Social preceptúa:

> "Los recursos para el funcionamiento de la Tesorería de Seguridad Social provendrán de las fuentes siguientes: aportes fiscales que se asignen con cargo al presupuesto del ministerio con competencia en materia de previsión social, donaciones, legados, aportes, **subvenciones y demás liberalidades** que reciba de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras..."

En esos mismos términos aparece concebida la **subvención** en los artículos 34 y 80 de esa misma Ley. Por otro lado, la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional contempla la **subvención** bajo la denominación de **subsidio**, en los siguientes términos:

> "Se establece el **subsidio** directo a la demanda, que es **un subsidio familiar de vivienda en dinero**, otorgado una sola vez **sin la obligación de restitución**, siempre y cuando el beneficiario cumpla con las condiciones que prevé la presente Ley, estará ajustado a las condiciones demográficas-económicas del grupo familiar considerando el equilibrio

entre, el criterio de progresividad que implica a menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio...

El subsidio directo a la demanda será otorgado para una vivienda y, dependiendo de las características de la misma, su aplicación se hará en partes, o en una sola y única porción al momento del otorgamiento de los documentos respectivos. El monto del subsidio será determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda..., en función de las condiciones demográfico-económicas, de los ingresos del o de los beneficiarios y el valor de la vivienda.

El Consejo Nacional de la Vivienda fijará anualmente el monto de los recursos que se dispondrán para el otorgamiento de estos subsidios en función del Plan Anual Habitacional..."

El artículo 30 ejusdem prescribe:

"La selección de los afiliados para optar al **subsidio directo** a la demanda previsto en esta Ley estará sujeta a un sistema de elegibilidad. Las Normas de Operación regularán todo lo concerniente a dicho sistema, considerando variables o factores que sean cuantificables".

Por otra parte, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, estatuye:

"El Ejecutivo Nacional estimulará la formación del talento humano especializado a través del financiamiento total o parcial de sus estudios e investigaciones y de incentivos tales como **premios, becas, subvenciones**, o cualquier otro reconocimiento que sirva para impulsar la producción científica, tecnológica y de innovación".

9.4.1.1. La confusión terminológica presente en las disposiciones normativas transcritas

Del análisis de las distintas disposiciones transcritas se infiere inmediatamente una confusión, básicamente en el manejo de los términos, pero también de naturaleza conceptual. En efecto, los preceptos de la Ley Orgánica de Seguridad Social vuelven a la tesis superada hace bastante de tiempo de considerar a la subvención como una liberalidad o donación, lo que sin dudas constituye un error evidente, si de lo que se trata es de encuadrar ese financiamiento en el marco conceptual de la actividad de fomento. Pero más extraño aún, por decir lo menos, resulta que la norma erige a una empresa privada o a una persona natural en el sujeto que realiza la subvención, es decir, hace el aporte patrimonial a los órganos indicados del Sistema de Seguridad Social.

Desde luego, que cuando esos esquemas normativos se examinan atendiendo a los principios generales que conforman el marco teórico de la actividad administrativa de fomento, y más concretamente de la técnica de la subvención, no queda más que concluir que el legislador utilizó incorrectamente el término "subvención", pues la misma estructura de la aportación patrimonial no se corresponde con el principio de que la actividad debe provenir de una Administración Pública, mas no de un privado, tampoco aparecen regulados todos los elementos que configuran a esta técnica de fomento, como son el control por el concedente de la actividad, los términos de la acción concertada (derechos y obligaciones del perceptor), las causales de revocación o reintegro, las sanciones por incumplimiento, etc.

Además la misma conformación de la norma que alude a "donaciones, legados, aportes, subvenciones y **demás liberalidades**", demuestra inequívocamente que la intención de la Ley no es otra que referirse a verdaderas liberalidades, bajo las distintas modalidades conocidas en el Derecho privado; de allí que en estricta puridad conceptual, en nuestro criterio, el término "subvención" utilizado en los artículos 34, 49 y 80 de la Ley Orgánica de Seguridad Social responde a la connotación doctrinaria de una liberalidad, y no a una técnica de fomento. Si esta tesis es correcta los órganos competentes del Sistema de Seguridad Social deberán extraer las consecuencias jurídicas pertinentes.

9.4.1.2. Subvención o subsidio

En cambio el denominado **subsidio directo** a la demanda contemplado en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, sí reúne casi todos los indicadores que en el marco de la doctrina y del Derecho Comparado permiten definir a la **subvención**. No obstante, antes de comenzar a examinar dichos indicadores, es necesario aclarar que amplios sectores de la doctrina suelen identificar al **subsidio** con la **subvención**, pero algunos autores por el contrario estiman que el subsidio es una modalidad específica de la subvención (relación género a especie), que consiste obviamente en la transferencia de una suma de dinero del ente público, pero no al particular promocionado, sino a un ente privado que le concede un crédito a éste, a los fines de reducir el capital o los intereses del préstamo. Junto al subsidio se incluyen como modalidades de la subvención los premios, las primas y las becas.

9.4.1.2.1. Los indicadores legales del concepto de subvención

Pareciera que el legislador venezolano se adscribió a la indicada tesis que equipara el subsidio a la subvención. En efecto, el análisis de las transcritas

disposiciones de la Ley del Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, así lo demuestra, pues en la configuración del mencionado subsidio están presentes los siguientes indicadores: a) **la atribución patrimonial,** concretamente de una suma de dinero, de un ente público, a un particular afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral para la adquisición de una vivienda, que inclusive puede hacerlo de una sola vez, o por partes; b) **La atribución patrimonial en principio es a fondo perdido,** tal como lo establece el artículo 30, cuando expresa "sin obligación de restitución". No obstante, es necesario puntualizar que este indicador admite una excepción contemplada por el artículo 29, parágrafo único, ejusdem, pues en el caso de que los beneficiarios del subsidio o subvención enajenen la vivienda dentro de los primeros cinco años después de haberlo obtenido, deberán **reintegrar** al ente concedente el monto de la subvención, y aunque la disposición no lo dice expresamente, resulta lógico suponer, que igualmente están obligados a cancelar los correspondientes intereses.

En realidad más que una excepción a este indicador infaltable en la definición de subvención, estimamos que más bien se trata de un supuesto de incumplimiento de una obligación por parte del perceptor del subsidio, que consiste en la prohibición de vender la vivienda adquirida dentro de los cinco años siguientes a la fecha de recepción de la ayuda. De tal manera que si incumple dicha obligación, debe reintegrar el monto del mismo. Planteada así la situación, no puede entonces negarse que se mantiene la exigencia del indicador bajo examen, sólo que tal vez por un defecto de técnica legislativa, originado en la falta de sistematización de esta materia, puede dar la impresión de que la norma deroga el principio del carácter gratuito de la subvención, cuando se trata más bien –insistimos- de la tipificación de una causal de incumplimiento de una obligación del beneficiario o perceptor. c) También pareciera que la Ley consagra, aun el marco de la doctrina del Derecho Administrativo, el concepto restringido de subvención, pues **al erigir al particular como único perceptor**, excluye la posibilidad de que pueda revestir ese carácter un ente público; y por consiguiente conduce a rechazar que puede denominarse subvención, por ejemplo, la transferencia de recursos públicos de un órgano del Estado a un órgano Estadal o Municipal, como ocurre en otros países. Como ya dijimos, el particular tiene que reunir las condiciones exigidas en la Ley, y debe estar afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral; d) Igualmente es posible inferir **la relación de causalidad exigida entre la atribución patrimonial y la actividad del particular**, puesto que la suma de dinero debe ser utilizada única y exclusivamente para adquirir la vivienda, que es la actividad social que se pretende promover o estimular.

Además de las señaladas variables es necesario destacar que las disposiciones legales examinadas tienden a reducir significativamente la potestad discrecional del ente competente para el otorgamiento de la subvención, dado que las mismas establecen supuestos específicos que condicionan dicho otorgamiento, como son el respeto al principio de progresividad, que implica a menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio; la determinación del monto del subsidio y su publicación en la Gaceta Oficial, la consideración de los ingresos de los beneficiarios y el valor de la vivienda (art.27). Además en aras de preservar los principios de transparencia y de concurrencia en la concesión del subsidio, la Ley en su artículo 30 obliga al diseño de un sistema de elegibilidad de los potenciales beneficiarios. Suponemos que el fin último de la mencionada norma debe ser el establecimiento un régimen competitivo que operaría, desde luego, entre los ciudadanos que reúnan los requisitos exigidos legalmente.

9.4.1.2.2. La regulación y el respeto a los principios de legalidad, de consignación presupuestaria y de igualdad

Por o otro lado, cabe señalar que la regulación de la subvención, por supuesto, que respeta los principios de legalidad (por el sólo hecho de estar contemplada en el citado texto legislativo); es de consignación presupuestaria, porque previamente el monto del subsidio debe ser determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda, lo que permite presumir que tal determinación sólo es posible sí existe una partida presupuestaria que contemple el gasto para esa clase de subvención; de igualdad, porque como expresamos antes, la concesión del subsidio está basada en un sistema de elegibilidad construido sobre parámetros que deben atender básicamente a la preservación de dicho principio. En virtud de la particularidad de esta clase de subvención resulta irrelevante referirse a la preservación del principio de la libre competencia. Por último, observamos que también se respeta el principio legal atinente al carácter no lucrativo de la subvención, debido a que en ningún caso, tal como aparece delineada esta figura en la Ley, su monto total puede ser superior al costo de la vivienda.

9.4.1.2.3. La regulación legal y la naturaleza de la subvención

De los dispositivos transcritos es posible inferir que la subvención tiene la naturaleza de un acto administrativo unilateral que da lugar a un relación jurídico administrativa, en razón de que corresponde al Consejo Nacional de la Vivienda tomar la decisión sobre la base de la evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de los beneficiarios. La condición de acto

unilateral de la Administración pareciera quedar reafirmado con el carácter consuntivo que en principio la Ley le atribuye a la subvención, porque una vez otorgada ésta pareciera cesar cualquier relación entre concedente y beneficiario, salvo en la hipótesis de la venta de la vivienda subsidiada dentro del plazo de cinco años a partir de la fecha de la adquisición, supuesto en el cual está prevista la obligación de reintegro por parte del particular ayudado.

O sea, que las disposiciones legales no contemplan el convenio que suele firmarse entre Administración y subsidiado, como producto de la acción concertada, en el cual se especifican las eventuales cargas y obligaciones de éste, así como las potestades de aquella. Pensamos que nada obsta para que ello ocurra, e inclusive las previsiones en tal sentido pueden incluirse en las denominadas Normas de Operación, no obstante, la particularidad de esta clase de subvención (acto consuntivo) pareciera desaconsejar la suscripción del mencionado convenio.

9.4.1.2.4. La regulación legal y el procedimiento de la subvención

La Ley no contempla un procedimiento constitutivo especial para la tramitación y la adopción de la medida, empero sí asoma ciertos rasgos procedimentales que perfectamente pueden ser utilizados por el Consejo Nacional de la Vivienda para diseñar un procedimiento expedito caracterizado por la transparencia y la objetividad. En efecto, cuando en su artículo 27 enuncia los requisitos que deben cumplir los potenciales beneficiarios del subsidio, la comprobación de los mismos requiere una fase de sustanciación, en la cual también debe incluirse la ponderación de los mismos a la luz de las **reglas de elegibilidad** (concurrencia) a que alude el artículo 30 ejusdem. Por supuesto, que una vez concluida la sustanciación, corresponderá al órgano competente la adopción de la decisión. Lo que quedaría por discutir sería si en la fase de sustanciación se les daría audiencia a los interesados, o si sencillamente, se consideraría que la instrucción se agota con la presentación de la documentación requerida, así como con los informes recabados por el órgano sustanciador.

Existe un silencio legislativo en lo tocante a la iniciación del procedimiento, pero todo pareciera apuntar a que la misma proceda a solicitud de los interesados. Desde luego, que atendiendo a la preservación del principio de igualdad constitucional nada obsta para que dicha fase sea configurada a través de una convocatoria pública a todos los interesados que reúnan los requisitos legales, caso en el cual la iniciación sería de oficio. De modo, pues, que los indicados trazos legales permiten afirmar la voluntad de la Ley de configurar un procedimiento integrado por sus fases básicas: iniciativa, instrucción y

decisión, pudiendo el Consejo Nacional de la Vivienda o el órgano al que corresponda la potestad normativa reglamentaria en esa materia, complementar y desarrollar esas fases, siempre orientados por la idea de la máxima simplificación de los trámites administrativos.

Estimamos que a la luz del principio relativo a la impugnabilidad de los actos administrativos en Venezuela, derivado de la Constitución y de la parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y no existiendo ninguna previsión al respecto en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, el acto mediante el cual se otorga o se niega una subvención para la demanda de vivienda, es recurrible por los interesados, quienes adquieren esa condición por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento que dio lugar a la emanación del acto ("intereses competitivos" que darían lugar a la legitimación activa).

Cabe hacer notar finalmente que tal como es diseñada la regulación para el otorgamiento de este subsidio, la cual contempla en forma puntual y agotadora casi todos los presupuestos de hecho que condicionan su procedencia (requisitos de los beneficiarios, monto de la subvención, régimen de elegibilidad, etc.), que la discrecionalidad del Consejo Nacional de Vivienda es reducida, razón por la cual se facilita el control jurisdiccional de su actividad.

9.4.1.2.5. La regulación legal y las sanciones por incumplimiento

La Ley no contempla sanciones específicas para los beneficiarios que incumplan con la prohibición de vender la vivienda subsidiada en el indicado plazo de cinco años, como ocurre en otros países, conformándose la Administración con el reintegro del monto de la subvención. Tampoco está tipificado como causal de incumplimiento el suministro de datos falsos para lograr obtener el subsidio, razón por la cual si la Administración comprueba que el beneficiario ha adoptado esa conducta no podrá solicitarle el reintegro del subsidio, pero en cambio estará facultada de conformidad con el artículo 114 de la Ley, para imponerle una multa comprendida entre 70 y 140 unidades tributarias.

De manera que proporcionar datos falsos para obtener la subvención, puede dar lugar por vía indirecta a la imposición de una sanción administrativa, debido a que tal como aparece tipificada la infracción en el referido dispositivo, resulta aplicable también a los beneficiarios de subvenciones, en virtud de que preceptúa que "La falta de suministro o falsedad por parte de cualquier persona natural o jurídica de la información a que están obligadas a entregar conforme

a este Decreto-Ley, sus Normas de Operación y las resoluciones emanadas del Consejo Nacional de Vivienda, será sancionada con multa comprendida..."

Únicamente queda por acotar que es verdad que el referido esquema normativo revela la decisión del Estado de sancionar un caso de incumplimiento del beneficiario en la obtención de la subvención, pero el mismo además de tener una incidencia indirecta en la materia, aparece aislado en la regulación, es totalmente parcial, al no contemplar todas las hipótesis específicas de incumplimiento, o en general infracciones a las normativa, que pueden ser conceptuadas como causales de sanciones administrativas.

Por último, es necesario destacar que en fecha 7 de abril de 2003 fue sancionada la novísima Ley contra la Corrupción, derogatoria de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la cual en su artículo 4, aparte único, define como patrimonio público a los recursos que todos los órganos y entes de la Administración Pública, incluyendo a las empresas del Estado, y a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado, entregan mediante **transferencias, aportes, subsidios y contribuciones** o alguna modalidad similar, para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dicha utilidad, a los fines establecer que los particulares que administren dichos recursos estarán sujetos a las sanciones (penales, civiles y administrativas), así como a las previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. El aludido esquema normativo prescribe:

> "...Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal".

La simple lectura del esquema normativo transcrito revela la voluntad del Estado de pasar a un estadio superior del control en el caso de las subvenciones, las cuales como hechos dicho al inscribirse en la clase de las actividades administrativas de fomento, siempre deberán concederse a los particulares para el logro de finalidad de interés o de utilidad pública, que ahora se extiende al establecimiento de la responsabilidad penal, con sanciones muy graves, todas privativas de la libertad, por lapsos bastantes largos. Sin entrar a

mayores análisis, es lógico pensar que una norma de esta naturaleza rompe el marco conceptual de la mencionada actividad de fomento, pues desde luego, que resulta admisible y hasta natural que en la tutela del patrimonio público, el Estado concedente de la subvención, esté facultado para imponer una sanción, que como hemos visto generalmente consiste en el revocatoria de la ayuda, con el consiguiente reintegro del monto concedido y sus respectivos intereses, e inclusive sanciones administrativas en determinados casos, pero establecer esa clase de sanciones penales (privativas de la libertad), podría tornar nugatoria la actividad de fomento, máxime si tiene en cuenta la tendencia a que la misma se realice sobre la base de riesgos compartidos.

Más aún, es necesario hacer constar que la Ley contra la Corrupción es sumamente punitiva, con sanciones verdaderamente draconianas, lo que revela una tendencia, en nuestro criterio errónea, de pretender combatir un fenómeno que prácticamente se ha convertido en una cultura en Venezuela, como lo es la corrupción, con un cúmulo de penas civiles, administrativas y penales, todas muy graves, olvidándose de establecer medidas y políticas de corte pedagógico, con un conjunto de estímulos honorarios, laborales y educativos, para sustituir progresivamente la referida cultura, por la de la probidad, la transparencia y la eficiencia administrativas, como por lo demás lo establece la Constitución, tanto cuando caracteriza a la función pública, como cuando asigna los cometidos al Poder Ciudadano. Hemos hecho esta corta exposición para demostrar que esa norma resulta incompatible con el concepto de fomento, tal como lo hemos expuesto anteriormente, porque es dudoso que a un particular al cual se pretenda estimular para que realice determinada actividad vinculada con el interés público, deba comenzar su relación con la Administración, por ejemplo, con la declaración jurada de patrimonio, so pena de ser sancionado administrativa o penalmente. Igualmente resulta bien dudoso de ahora en adelante, para poner otro ejemplo que podría derivarse de la aplicación de la Ley contra la Corrupción, que un particular aceptara un subsidio, si tiene presente que de alguna manera se le puede aplicar el artículo 56 de dicho texto que pauta " El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de tres meses a tres años, según la gravedad del delito"

Aparte de que el dispositivo se parece mucho a una norma penal en blanco al montar la pretendida tipificación sobre el término "ilegalmente", que no llega a definirse, cabe aclarar que de conformidad con el artículo 3, numeral 3, de la citada Ley, funcionario público puede ser "cualquier otra persona en los casos previstos en la Ley", y de alguna manera cuando el citado artículo 4,

único aparte, ejusdem, ordena aplicar ese texto legislativo a los particulares a quienes se le otorguen subvenciones, los erige a los efectos de esa aplicación en funcionarios públicos. De allí, pues, que disposiciones como la indicada, consagradas únicamente con el ánimo punitivo, sin examinar el efecto que pueden tener en el ordenamiento jurídico (no se olvide que la actividad de fomento está prevista en la Constitución), resultan sumamente perjudiciales, porque pueden llegar a desnaturalizar una parte significativa de la actividad económica del Estado.

9.4.1.2.6. La regulación legal y el control externo

Finalmente, debemos destacar que tanto la Administración en su rol de concedente, como el particular en su rol de perceptor de la subvención, están sujetos **al control de la Contraloría General de la República**, tal como se desprende del artículo 9, numerales 6 y 12, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que preceptúan respectivamente " Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República 1. Omissis. 6. Los institutos autónomos nacionales, estadales, distritales y municipales, 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que **reciban aportes, subsidios**, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos".

La norma transcrita no hace más que revelar el amplio poder de control que se confiere al órgano contralor nacional en materia de subvenciones, el cual ejerce sobre la Administración concedente, en este caso, el Instituto Autónomo Consejo Nacional de la Vivienda, y también sobre los particulares que se beneficien de la subvención; pero por la particularidad que ésta reviste es lógico pensar que el ámbito de ese control será muy reducido, dado que podrá referirse únicamente al cumplimiento de los requisitos por parte de los perceptores, así como a la determinación de si aquellos que enajenaron la vivienda dentro del señalado plazo de cinco años, procedieron a realizar el reintegro previsto en la Ley. Sin embargo, cabe subrayar que la vigilancia de la Contraloría General de la República cobra toda su dimensión cuando se trate de otro tipo de subvenciones, extendiéndose inclusive al control de la gestión sobre el particular al cual se le aportan cantidades de dinero para que realice las actividades subvencionadas.

9.4.1.2.7. La subvención a la luz de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

En realidad el desarrollo sucinto de este punto no se corresponde con su denominación, ya que se trata de la referencia a una y única sentencia, lo que no permite calificar a la eventual doctrina en ella contenida, como verdadera jurisprudencia. Sin embargo, en vista de que alude al aspecto sustantivo de las **subvenciones**, sobre la base de la doctrina extranjera (italiana), nos parece interesante transcribir algunos párrafos de la misma con la finalidad de que los lectores puedan contrastarlos con los lineamientos generales de la subvención esbozados en páginas anteriores. De una vez hacemos constar que la sentencia es del año 1985, y que recayó sobre el recurso interpuesto por la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas, contra el acto del Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), mediante el cual ese instituto autónomo decidió suspender el pago de la **subvención** por el monto de catorce millones de bolívares que le había sido otorgado el año anterior, y figuraba en la partida presupuestaria correspondiente del CONAC.

Aparte de los aspectos procesales del asunto, a continuación transcribimos algunas partes de la sentencia que reflejan el criterio de la Corte sobre el marco conceptual de la subvención:

> "... Ahora bien, el beneficiario de una subvención, esto es, un acto administrativo de naturaleza constitutiva **que no implica una contrapartida en el mismo**, posee sin embargo, **un interés legítimo** frente a la Administración....".
>
> "....Se llega a la conclusión de que **tal obligación legal no existía**, por cuanto la misma no estaba sujeta necesariamente a pagar la subvención presupuestariamente prevista, sino simplemente autorizada para hacerlo hasta por el monto preestablecido, por lo cual la falta de pago no constituye violación de la ley..." "...Esta figura de enorme importancia y de poco estudio en el campo del Derecho Administrativo recibe variados nombres, se les denomina **erogaciones pecuniarias, atribuciones pecuniarias o subvenciones**..." "y finalmente **las subvenciones en sentido estricto** que, estructuralmente, se caracterizan por tener un presupuesto concreto de referencia que debe ser una suma que se pague por concepto de interés, o bien la que represente el costo de la obra, o finalmente, para cubrir una determinada partida"
>
> "Ahora bien, en la presente situación, la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas **no es titular de un derecho subjetivo** sino de un interés legítimo frente a la Administración, en tutela del cual tenía legitimidad

para impugnar el acto que lo afectara, pero no así para pretender el cumplimiento por parte del organismo autor del acto de una conducta que no estaba contenida en una obligación precedente..."

Basta comparar los párrafos transcritos de la aludida sentencia, que insistimos están estrechamente relacionados con la concepción sustantiva de subvención, con el marco teórico sobre esta figura contenido en las páginas precedentes, para observar significativas disonancias conceptuales, que tal vez obedezcan a la inexistencia de un marco legislativo, así como de un marco doctrinario en Venezuela para la fecha en que fue dictado el fallo, situación que, dicho sea de paso, aún se mantiene.

9.4.1.2.8. Otras modalidades de subvención (incentivos, premios y becas)

Cabe reiterar que constituyen otras modalidades de subvención, las primas, los premios, las becas y según una parte de la doctrina, también los subsidios. Ahora bien, el transcrito artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), aunque en forma un poco confusa, bajo la denominación de **incentivos**, contempla a los premios, las becas y las subvenciones. La confusión radica en que se mezcla el género con las especies, pues todas las actividades de fomento, como hemos afirmado, tienen como finalidad incentivar determinadas actividades de los particulares por la relación que su desarrollo guarda con el interés público. Por consiguiente, resulta válido afirmar que toda acción de fomento, constituye desde el punto de vista sustantivo **un incentivo,** o sea, que en esa perspectiva conceptual es posible utilizar como expresiones equivalentes, fomento, estímulo, incentivo y promoción. No obstante, la doctrina en aras de darle un tratamiento sistemático a la actividad de fomento, se ha abstenido de utilizar el término incentivo en forma genérica, es decir, que abarque toda técnica de fomento, y ha preferido por el contrario convertirlo en una técnica específica bajo la denominación de "incentivo fiscal o tributario, y la ha incluido dentro de la categoría de las técnicas económicas de fomento (exenciones y exoneraciones fiscales).

Ha de advertirse que la indicada confusión legislativa se repite en el artículo 106 de la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional que prescribe "El ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Infraestructura, previa opinión del Consejo Nacional de la Vivienda, podrá otorgar **incentivos** para lo siguiente: 1. Adquisición y habilitación de tierras para la construcción y venta de viviendas a menores costos; y 2. Establecimiento de planes especiales de ahorro que permitan el financiamiento de cuotas para la

adquisición de viviendas". La lectura del dispositivo transcrito demuestra que el término incentivo es utilizado como sinónimo de fomento, de promoción, etc, pero alejado de la sistemática conceptual antes expuesta, lo que contribuye a crear una ambigüedad normativa, a diferencia del artículo 42 LOCTI, que ciertamente utiliza la expresión en forma incorrecta, al imprimirle el indicado sentido genérico, pero inmediatamente hace la corrección, al especificar en que consisten los incentivos, o las modalidades de los mismos (premios, becas y subvenciones).

En cambio, en el dispositivo de la ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, bajo examen, el incentivo puede estar constituido por cualquiera de las técnicas de fomento, ampliándose de esa manera inconvenientemente la discrecionalidad del Consejo Nacional de la Vivienda, pues no hay que olvidar los vicios de fraude y corrupción los cuales resultan casi imposibles de eliminar de este tipo de actuaciones de la Administración, se potencian cuando se configuran en los textos legislativos por error, o conscientemente, potestades administrativas extremadamente discrecionales.

Por consiguiente, en el contexto del marco teórico delineado anteriormente, no es posible considerar que las subvenciones constituyan una especie de los incentivos, mucho menos las becas o premios, que más bien son especies de la subvención. Aclarada la confusión presente en el citado esquema normativo, queda entonces por destacar que la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, utiliza a los premios y las becas como las figuras más importantes para promocionar las actividades que regula.

9.4.1.2.8.1. Los premios y las primas

Conviene recordar que los premios constituyen aportaciones patrimoniales que otorga la Administración a los particulares para estimular determinada actividad vinculada al interés público, como en el caso de la ciencia, la tecnología y la innovación, con la particularidad de que en su concesión el órgano competente detenta una potestad discrecional muy amplia, pese a que siempre habrán unas bases que regularán dicha concesión.

Constituye un ejemplo en este sector el "Premio Nacional de Ciencia", en sus diversas menciones, que goza de gran prestigio, e implica además de un gran honor para el premiado, la entrega de una significativa cantidad de dinero. Desde luego, que la Administración puede perfectamente premiar diversos tipos de actividades enmarcadas en la ciencia, la tecnología y la innovación, inclusive como la diferencia entre prima y premio, radica en que la primera

está sujeta al ejercicio de potestades regladas, y el segundo a potestades discrecionales, nada obsta para que la Administración sobre la base del citado artículo 42 LOCTI cree, por ejemplo, una prima para ser entregada a empresas que mejoren su producción sobre la base de la innovación tecnológica.

9.4.1.2.8.2. Las becas

Constituyen otra modalidad de subvención y consisten en una ayuda económica entregada generalmente en forma periódica, que se otorga a personas para que realicen estudios e investigaciones. Aunque el dispositivo bajo examen no dice nada al respecto, normalmente en el otorgamiento de becas opera la denominada "acción concertada", pues en orden a las previsiones del correspondiente Reglamento, se suele suscribir un contrato en el cual se especifican las obligaciones del becado, las potestades de la Administración concedente, así como las indemnizaciones y sanciones administrativas, si resultaran procedentes. Obviamente, las sanciones obedeciendo al principio constitucional de legalidad de las penas, deben estar previstas en una norma de rango legal.

Al respecto cabe precisar que el artículo 56 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, contempla una sanción pecuniaria que va de diez (10) a cincuenta mil (50000) unidades tributarias, para aquellas personas que habiendo obtenido recursos por vía de subvención del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) para el desarrollo de alguna actividad científica, tecnológica o de innovación, incumplieren las obligaciones previstas en los Reglamentos correspondientes. Además no les serán otorgados nuevos recursos durante un lapso de dos a cinco años. Pareciera que el citado dispositivo podría resultar aplicable a los particulares a los que se les otorgue una beca para realizar investigaciones o estudios de cuarto nivel, e incumplieren con las previsiones reglamentarias, porque al fin y al cabo las becas son subvenciones, y el dinero para pagar su importe forma parte de recursos provenientes, en este supuesto, del FONACIT.

9.4.2. Las exenciones fiscales

Son aquellas medidas mediante las cuales la Administración dispensa a la empresa o actividad promocionada del pago total o parcial de los impuestos correspondientes. Para que proceda esta clase de incentivos fiscales es necesario que estén expresamente contemplados en una norma de rango legal (reserva de ley), pues así lo establece el artículo 317 constitucional, que al respecto dispone. "No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que

no estén establecidos en la ley, **ni concederse exenciones o rebajas ni otras formas de incentivos fiscales**, sino en los casos previstos por las leyes...". Precisamente una previsión de esa naturaleza está contenida en el artículo 14 del Decreto ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el cual estatuye que el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas podrá otorgar **tratamiento fiscal preferencial** a las ganancias de capital obtenidas en proyectos de inversión entre industrias nacionales y extranjeras que contemplen la compra de bienes, o que generen inversiones conjuntas con la pequeña y mediana industria.

Por otro lado, el primer aparte de ese mismo artículo delinea más claramente la figura de las exenciones fiscales, al conferirle la competencia al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para **exonerar total** o **parcialmente el pago de tributos** por parte de la pequeña y mediana industria, con fines de su fomento, promoción y desarrollo. Una norma similar está contenida en el artículo 33 de la LOCTI, pues también faculta al Presidente de la República para establecer **exoneraciones totales** o **parciales**, al pago del Impuesto del Valor Agregado, el Impuesto de Importación y la tasa por servicios aduaneros, en los casos de importaciones de bienes y servicios referidas a actividades enmarcadas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Debemos destacar que si bien las exenciones fiscales no implican un gasto público, como las subvenciones y las otras técnicas económicas de fomento; en cambio, sí deben reputarse como una disminución en los ingresos públicos, y aunque las leyes examinadas no traigan previsiones expresas sobre las obligaciones que adquieren los beneficiados por esas exenciones, cabe presumir que por vía reglamentaria, e inclusive mediante la acción concertada a través del convenio, las mismas deben ser estipuladas claramente, así como las potestades de la Administración que concede la exención.

Desde luego, que en esas disposiciones se puede establecer que en caso de incumplimiento del particular, o inclusive en caso de que sobrevenga una situación que sea contraria a la ejecución del plan en el cual se inscriben estas ayudas, la suspensión y hasta la revocación en forma definitiva de la exención, en ciertas hipótesis con la imposición de la cancelación de los tributos originalmente exonerados, pues importa destacar en definitiva que con el otorgamiento de estos incentivos fiscales la Administración realiza un sacrificio económico para lograr la tutela de un interés público, pero si esa finalidad no se logra debido a causas imputables al beneficiario, resulta congruente con el principio de preservación de los bienes e ingresos públicos, que éste reintegre

al patrimonio público los recursos indebidamente utilizados o apropiados, derivados de las aludidas exenciones fiscales.

9.4.3. El financiamiento preferencial (los créditos)

Esta forma de ayuda adopta diversas modalidades, siendo la más importante la correspondiente a los créditos, pero también se instrumenta mediante las garantías y avales, e igualmente a través del financiamiento de estudios destinados a identificar determinadas necesidades de un sector. Por supuesto, que un crédito de esta naturaleza se inscribe dentro del concepto de actividad económica de fomento, independientemente de que sea otorgado al particular por un ente financiero público o privado, cuando está destinado a estimular determinadas actividades vinculadas a la tutela de un interés público, pero fundamentalmente porque tiene un carácter preferencial derivado bien de las facilidades para obtenerlo (menor exigencia en las garantías), bien porque los intereses son más bajos que los del mercado, bien porque el lapso para pagarlo es mayor que el fijado normalmente.

En ese orden de razonamiento es preciso advertir que no tiene carácter de crédito en los términos explicitados en este acápite, aquel otorgado por la Administración, pero que no genera intereses, tal como el denominado "crédito sin intereses", previsto en el artículo 15, numeral 4, de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, pues en esa hipótesis pese a la aludida denominación legal, estamos en presencia de una subvención encubierta, a la cual lógicamente resulta aplicable el régimen jurídico de ésta, y no el de los créditos preferenciales.

El Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria se refiere, en principio, a los programas de financiamiento preferencial en su artículo 14, pero en los artículos 15 y 16 precisa las modalidades que éstos deben adoptar, o sea, que las tipifica. En tal sentido el primer dispositivo pauta que el Banco Industrial de Venezuela podrá recurrir a la reestructuración de deudas y al otorgamiento de créditos directos al capital de trabajo y la expansión de planta productiva, y el segundo contiene una disposición similar pero dirigida al Fondo de Crédito Industrial, ente al que corresponde implementar programas de créditos directos a la Pequeña y Mediana Industria para el financiamiento preferencial de capital de trabajo y expansión de plantas productivas.

En definitiva, la modalidad más utilizada por el legislador en el marco de las actividades de fomento relativas al financiamiento preferencial, son los

créditos. Por tal razón es necesario reiterar que ellos de todas maneras comportan un sacrificio para las finanzas públicas, derivado precisamente del aludido carácter **preferencial**, pero que tal sacrificio no es igual al originado con las subvenciones, dado que éstas son a fondo perdido, y aquellos requieren que el prestatario favorecido cumpla con el pago de menores intereses, pero pago al fin, o el pago en mayor número de cuotas, pero pago al fin. Por supuesto, que a este tipo de técnicas económicas de fomento se le aplican, las disposiciones o principios relativos a la denominada "acción concertada", en virtud de que todas las obligaciones y cargas del perceptor suelen estar recogidas en forma muy puntual y particularizada en los correspondientes contratos o convenios, máxime si se tiene en cuenta que todas estas acciones de la Administración deben estar encuadradas en el plan elaborado a tal fin.

Como dentro de las técnicas de fomento, los créditos resultan los más utilizados en Venezuela, y como la experiencia demuestra que durante mucho tiempo su otorgamiento estuvo signado por claros síntomas de corrupción y clientelismo político y económico, baste recordar al respecto a la famosa Corporación Venezolana de Fomento, se impone hoy con mayor razón la elaboración de un marco jurídico general sobre la actividad de fomento de la Administración, en el cual queden establecidas casi en forma agotadora todas y cada una de las reglas de procedencia del otorgamiento de este tipo de ayudas, así como las causales de suspensión y terminación, y de ser posible la tipificación de las causas de sanciones administrativas y civiles.

Claro está que el tenor de esa regulación dependerá en todo caso de la opción de política económica que se escoja, pues el análisis del artículo 15 de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, evidencia a las claras que más que créditos, aparte de aquellos que no devengan intereses, son casi liberalidades más que subvenciones, los que se otorgan a los "clientes", ya que así se desprende de los requisitos que se exigen a éstos, tales como "el conocimiento de la persona, la voluntad moral para honrar sus obligaciones, su unidad económica familiar, el entorno social, etc.". No se requiere ser un experto en economía para presumir que los créditos otorgados sobre la base de la exigencia de esos "requisitos", tendrán un porcentaje de retorno mínimo; de allí que resulte dudoso calificar, en estricto rigor conceptual, esa actividad crediticia, como de fomento.

9.4.4. Las técnicas jurídicas de fomento

Aunque coincidimos con la doctrina en el sentido de que estas técnicas prácticamente resultan actualmente inexistentes, observamos que las medidas

de fomento previstas en el artículo 10 del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, pudieren encuadrar dentro de las aludidas **técnicas jurídicas**, que son aquellas que otorgan una ventaja mediante el conferimiento de un "privilegio jurídico" a la empresa o particular favorecido. Dicho artículo otorga márgenes de preferencia en la participación de la pequeña y mediana industria en los programas de compras de bienes que realizan la Administración Central y Descentralizada, de tal manera que corresponderá a la Administración establecer ese margen de preferencia porcentual en las compras, tomando en cuenta para su determinación las siguientes variables: los porcentajes de materia prima nacional, la incorporación de recursos humanos nacionales y de tecnologías en la elaboración del bien. Ese margen debe ser mayor, si la pequeña y mediana industria se encuentra domiciliada en la región de la licitación, o se asocia bajo cualquiera de las modalidades de asociatividad empresarial avaladas por el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, o establece alianzas estratégicas con otras industrias de la región, fomentando así el desarrollo regional.

El examen de la norma permite concluir que su "ratio" se orienta hacia la adopción de una medida de fomento por la Administración, la cual no implica ni un gasto, ni una disminución de los ingresos públicos, razón por la cual no puede ser ubicada en la categoría de las técnicas económicas, pero sí la configuración de un privilegio, sobre la base de la derogación parcial del principio de igualdad, que se traduce en otorgarle un trato preferencial a la pequeña y mediana industria en el programa de compra de bienes ejecutado por la Administración Central y Descentralizada; de allí entonces que su ubicación esté en las denominadas "técnicas jurídicas de fomento", examinadas anteriormente.

9.5. A manera de conclusión sucinta

Después de haber examinado sucintamente la normativa dispersa y aislada que actualmente rige la actividad de fomento de la Administración Pública en Venezuela, sabiendo a ciencia cierta que este tipo de actividad es de antigua data, al punto que en 1863 fue creado el extinto **Ministerio de Fomento** (el quinto en el orden de creación), y que a partir de la creación de la también extinta **Corporación Venezolana de Fomento** después de 1958, se incrementó el otorgamiento de ayudas a particulares para desarrollar actividades económicas, bien mediante créditos preferenciales o subvenciones, proceso que muchas veces estuvo signado por la corrupción y el clientelismo político y económico, pues en no pocos casos la utilización de esas ayudas se desviaron

de su finalidad formal, además el porcentaje de retorno de esos créditos fue bastante reducido. Inclusive hasta llegaron a dictarse leyes de condonación de deudas, para liberar formalmente a los "ayudados", los cuales, por cierto la más de las veces, eran empresas o empresarios destacados. En fin, podría decirse que hasta el año 1999 no existía una correlación positiva entre los recursos públicos en actividad de fomento, y los resultados obtenidos.

Pero ubiquémonos en la época actual, en la cual está vigente una Constitución que como vimos privilegia la adopción de medidas de fomento por parte de los Poderes Públicos, y además han sido promulgadas varias leyes para el desarrollo de los respectivos preceptos constitucionales, todas ellas del mismo corte de las anteriores, en virtud de que permiten la transferencia de los recursos públicos, a título gratuito u otorgando créditos preferenciales, los cuales proceden lógicamente de los impuestos, cada vez mayores, pagados por los ciudadanos, en idénticas condiciones que en la época anterior, esto es, sin reglas claras que disciplinen la potestad de la Administración para dictar medidas de fomento, y que tiendan a garantizar que esas medidas cumplan su cometido en el marco la planificación económica. Por lo demás, una actividad pública de esa clase (transferencia de fondos públicos) realizada en esos términos, sin dudas estará signada en mayor o menor grado por el fraude, la corrupción y el clientelismo político.

Cabe advertir que estos vicios asociados al manejo de las ayudas económicas, no son particulares de Venezuela, pues ocurre en casi todos los países, inclusive un ejemplo emblemático del mismo fue lo ocurrido en la Unión Europea con la ayudas contempladas en el Estatuto de la CEE. Planteada así la situación, pareciera que la solución más fácil sería eliminar del ordenamiento jurídico a la actividad de fomento, pero lamentablemente en un mundo donde predomina el principio del libre mercado, dicha actividad se revela cada día más útil para intentar corregir los fallos de ese libre mercado. Además es nuestros países resulta indispensable para que el Estado pueda incidir por vía indirecta en sectores como el social (vivienda y educación) económico (pequeña y mediana industria), cultural (ciencia, tecnología) ambiental, etc., los cuales muchas veces por ser poco rentables son olvidados por el "libre mercado".

No pudiendo "vender el diván", se impone encarar el problema en forma realista, para lo cual resulta no sólo imperativo sino urgente la elaboración de un marco normativo general, con la participación de los sectores interesados de la sociedad civil, que contenga reglas claras que comiencen por seleccionar los sectores prioritarios sobre los cuales deberá recaer, desde luego, en el marco del correspondiente Plan Económico Nacional, la acción de fomento del Estado,

y por excluir hasta donde sea realmente posible de esta actividad, a la política partidista, pudiendo para ello crear especies de comités independientes, formados por funcionarios públicos y particulares interesados debidamente formados profesionalmente, que se encarguen de otorgar las diversas ayudas económicas.

Por supuesto que esa normativa general deberá estar constituida por un conjunto de disposiciones que tiendan a garantizar, en primer lugar, la relación de causalidad entre la ayuda y la actividad desarrollada por el particular; en segundo lugar, la eficiencia y eficacia en el manejo de la ayuda otorgada a los particulares, privilegiando aquellas que impliquen riesgos compartidos (créditos preferenciales), sobre las subvenciones; en tercer lugar el pleno respeto a los principios de legalidad, igualdad y libre concurrencia; en cuarto lugar, la configuración de las potestades administrativas hasta donde sea posible en forma acentuadamente reglada, con la finalidad de suprimir al máximo la discrecionalidad; en quinto lugar, el control que debe ejercer permanentemente la Administración concedente sobre la actividad o empresa promocionada; en sexto lugar, el establecimiento de un régimen de obligaciones y cargas para el perceptor de la ayuda, y correlativamente un conjunto de potestades para la Administración concedente; en séptimo lugar, el establecimiento de las causales de revocación de la medida, con el correspondiente reintegro de las sumas recibidas; en octavo lugar, la tipificación de un conjunto de causales que de lugar a la imposición de sanciones administrativas a los particulares por el incumplimiento y el fraude en la obtención de las ayudas, así como cualquier otra que apunte en la dirección antes indicada.

BIBLIOGRAFIA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico.* Comares. Granada. 2001.

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. *"Sobre el concepto de Fomento".* En RAP N° 54. Madrid, 1967

BELLIDO, María, BLASCO José y otros. *Derecho Administrativo II. Parte Especial.* Universitas. Madrid, 1998.

DE LA CUETARA, Juan. *La Actividad de la Administración.* Tecnos. Madrid, 1983.

CERULLI, Vincenzo. *Corso di Diritto Administrativo.* Giapichelli. Torino, 1997.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996

FERNANDEZ FARRERES, G. *La Subvención, Concepto y Régimen Jurídico.* Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo II.* Tecnos. Madrid, 1989.

GIUSTI, Roberto. *Diritto Pubblico della Economia* Cedam. Padova, 1997.

JORDANA DE POZAS, L. *"Ensayo de una Teoría de Fomento en el Derecho Administrativo"*. En Revista de Estudios Políticos N° 48. Madrid, 1949.

LARES MARTINEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo.* Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

MARTINEZ LOPEZ, J. *"Subvenciones al ejercicio de Libertades y Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho: Educación y Sindicatos"*. En Revista Española de Derecho Administrativo N° 47. Civitas. Madrid, 1985

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I.* La Ley. Madrid, 1988.

MARTIN RETORTILLO, Sebastián. *"La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen de las Subvenciones Administrativas"*. En el Libro Las Formas de la Actividad Administrativa. FUNEDA, Caracas, 1996.

MEIER, Henrique. *"La Constitución Económica"*. En Revista de Derecho Corporativo. Vo.1.N°1. Universidad Metropolitana. Caracas, 2001.

MOREL OCAÑA, Luís. *Curso de Derecho Administrativo II.* Aranzadi. Pamplona, 1999.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I.* Marcial Pons. Madrid, 1997.

PEREZ ROYO, J. *"Estado Social de Derecho"*. En el libro Temas Básicos de Derecho Constitucional I. Civitas. Madrid. 2001.

PERICU, G. *La sovenzione como strumento de azione administrativa.* Giuffré. Milano, 1967.

SANTAMARIA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo II.* Centros de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

VILLAR EZCURRA, José. *Derecho Administrativo Especial.* Civitas. Madrid, 1999.

VILLAR PALASI, JOSE. "Las Técnicas Administrativas de Fomento y de Apoyo al Precio Político". **En RAP N° 14**. Madrid, 1954.

RETIRO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN DERECHO COLOMBIANO

Paradoja entre garantías para los administrados y respeto de la legalidad

POR GUSTAVO QUINTERO NAVAS*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN I. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN FAVOR DE UN RÉGIMEN GARANTISTA: LAS CAUSALES DE REVOCACIÓN II. LA REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO, UN VERDADERO DESAFÍO AL RÉGIMEN GARANTISTA: 1. Fallo José Miguel Acuña Cogollo: El anuncio de divergencias profundas para la revocación directa de los actos administrativos. 2. La intervención del juez de tutela: la búsqueda de una solución garantista:A. Cuando el acto es fruto de una actuación ilegal y fraudulenta por parte del particular que llevó a la administración a cometer un error. B. Cuando haya motivos para sospechar que el acto expreso ocurrió por medios ilegales. C. Cuando los actos expresos particulares ilegales contengan una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico. D. Cuando los actos expresos no hayan sido notificados.E. Cuando sea necesario para corregir errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión III. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES A LA REVOCACIÓN DIRECTA, DUDAS SOBRE EL RÉGIMEN GARANTISTA: 1. Silencio administrativo positivo y derechos adquiridos, ¿un derecho en silencio? 2. La acción de lesividad: ¿La solución ideal a la revocación de las decisiones administrativas creadoras de derechos adquiridos? IV. CONCLUSIÓN V. BIBLIOGRAFÍA.

---

*. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Doctor en Derecho Público, Universidad de Nantes, Francia. Miembro activo de la Asociación de Derecho Administrativo Iberoamericana.

INTRODUCCIÓN

La revocación de la vida jurídica de los actos administrativos es, sin lugar a dudas, un tema de preocupación en muchos sistemas jurídicos, como lo anota el jurista español Ernesto García-Trevijano Garnica:

> "Es usual entre los tratadistas de nuestra disciplina, al examinar el acto administrativo, pronunciarse acerca de su carácter revocable o irrevocable. Evidentemente, no es algo exclusivo de nuestro país, sino que la simple lectura de la doctrina extranjera denota inmediatamente que la cuestión se suscita en términos similares. Las posiciones van desde los que afirman con rotundidad que los actos administrativos son por esencia irrevocables (para lo que se utilizan argumentos como la seguridad jurídica, certidumbre de las situaciones creadas o reconocidas, el principio de que nadie puede ir contra sus actos propios, la en otra época extendida teoría de la cosa juzgada administrativa, etc.), hasta los que sostienen que una de las notas características intrínsecas a todo acto administrativo es la de ser susceptible de revocación. Sin embargo, la posición más extendida, especialmente en nuestro país, es favorable a reconocer el carácter irrevocable de los actos administrativos declarativos de derechos y, por contra, la revocabilidad de los actos de gravamen"[1].

En realidad estamos frente a un tema de suma importancia que reúne intereses contrapuestos en algunos casos: estabilidad jurídica VS respeto de la legalidad[2]. De una parte, los intereses de la Administración; de otra parte, los intereses de los administrados. ¿Cómo conciliarlos? La jurisprudencia constitucional colombiana ha intervenido con especial preocupación permitiendo la revocación pero dentro de un marco caracterizado por las garantías a favor de los administrados, imponiendo límites a la acción de la administración creadora del acto mediante el respeto del cumplimiento de un procedimiento estricto:

> "La estabilidad de los actos administrativos como carácter básico en su estructura es siempre elemento a favor del administrado y en consecuencia elemento primordial en todo proceso de seguridad jurídica, por ello para no tener en cuenta las reglas señaladas en el artículo 73 del

---

1. V. Ernesto García-Trevijano Garnica, Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen, Revista REDA, n° 091, 1996, p. 415 y s.
2. En la sentencia SU 544-01, la Corte dijo: "Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo".

C.C.A, debe la administración distinguir que la revocación del acto no perjudique al administrado, ni a terceros que pudieron estar afectos al acto dictado por la administración. La figura de la revocación, como facultad propia de la administración para dejar sin efectos un acto administrativo de contenido particular, de manera alguna puede vulnerar derechos subjetivos adquiridos. Debe establecerse desde ya que esta posibilidad dada a la administración establece determinados límites, por cuanto debe la administración respetarlos y seguir unas reglas señaladas por el legislador"[3].

Se puede entonces afirmar que la revocación de los actos constituye la excepción[4] y por ello, el Código Contencioso administrativo colombiano[5] la regula minuciosamente, pero quizá no muy claramente, en los artículos 69 al 74, estableciendo un régimen de causales (art. 69), improcedencia (art. 70), oportunidad (71), efectos (72) y revocación de actos de carácter particular y concreto y su procedimiento (73 y 74).

Así, estudiaremos en un primer momento las causales de revocación (1), para luego centrarnos en el tema específico de la revocación de los actos de carácter particular y concreto (2) y, finalmente, analizar la acción de lesividad y el silencio administrativo positivo dentro de lo que llamaremos las dudas al régimen garantista (3).

I. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN FAVOR DE UN RÉGIMEN GARANTISTA: LAS CAUSALES DE REVOCACIÓN

El artículo 69 del C.C.A. señala tres causales que dan lugar a la revocación de los actos administrativos sin especificar si éstos son particulares o generales. El tema de los actos sobre los que puede recaer

3. V. T-382-95

4. En ese sentido ver: T-402-94: " En todo caso, la consagración de normas regulando la revocación directa de los actos no supone que ésta sea la regla general, sigue siendo la excepción. Lo anterior se desprende del contenido del artículo 69 del C.C.A. que fija los eventos que autorizan dicha revocación sin descartar que se aplique a actos diferentes de aquellos con contenido particular y concreto, sean generales o particulares. Esos eventos son tratados por la norma desde tres modalidades: oposición manifiesta a la Constitución y a la Ley; no conforme al orden público o social o atente contra uno u otro y, cuando el acto cause agravio injustificado a una persona. Esto quiere decir que la administración tiene la obligación de retirar los actos del mundo jurídico por razones de legalidad, conveniencia y oportunidad, con autorización expresa y escrita en caso de tratarse de situaciones jurídicas particulares y concretas y, sin autorización en las demás hipótesis".

5. Nos referiremos a ese Código bajo las siglas C.C.A.

la revocación es objeto de discrepancias doctrinales. Jaime Orlando Santofimio, por ejemplo, sostiene que:

> " Si bien es cierto que la norma no hace diferencia respecto de los Actos Administrativos frente a los cuales procede, en nuestra opinión lo técnico sería aceptar su procedencia frente a los de contenido individual, ya que lo lógico frente a los actos generales sería la derogatoria"[6].

Ese mismo autor señala más adelante que su opinión no es la de la Corte Constitucional ni la de la mayoría en el Consejo de Estado, como en efecto resulta de lo siguiente:

> " Cuando se trate de actos de contenido general es admisible su revocabilidad por la administración, sin ninguna limitación, mediante la invocación de las aludidas causales"[7].

Nuestra inclinación está del lado de la jurisprudencia ya que la revocación del acto supone las causales del artículo 69, las cuales no es necesario invocar para la derogatoria del acto. Es decir, un acto de carácter general "debe" ser revocado cuando presente, al menos, alguna ilegalidad, mientras que la derogatoria no está movida por esta finalidad. Además, en principio, la revocación produce efectos retroactivos[8] y la derogatoria efectos hacia el futuro. Si bien la jurisprudencia no es rica en ejemplos de revocación de actos de carácter general, consideramos que la hipótesis es perfectamente viable.

Tampoco es generosa la jurisprudencia ni la doctrina en cuanto a ejemplos relacionados con las causales segunda y tercera del artículo 69 que servirían al operador jurídico para tener mayor claridad sobre "cuándo el acto no está conforme con el interés público o social, o atente contra él y, cuándo con ellos se causa un agravio injustificado a una persona"[9]. Esta precisión tiene

---

6. Jaime Orlando Santofimio G., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 275. Ver igualmente, Libardo Rodríguez R., Derecho Administrativo general y colombiano, Editorial Temis, 2002, n° 392.
7. T-347-94
8. El autor Libardo Rodríguez establece diferencias en cuanto a los efectos dependiendo de la causal por la cual se produce la revocación: "Así, si la revocación se basa en la causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, sus efectos deben considerarse retroactivos, a semejanza de la declaratoria de nulidad decretada por el juez. A su vez, si la revocación es por razones de oportunidad o inconveniencia, debe considerarse que sólo produce efectos hacia el futuro". Op., cit., n° 394.
9. Por ejemplo, Luis Enrique Berrocal Guerrero en su manual del acto administrativo (Ediciones librería El profesional, 2001) hace un gran esfuerzo casuístico a lo largo de su obra y, curiosamente cuando llega a este punto solamente encontramos una explicación académica general.

repercusiones directas en cuanto se refiere a la distinción entre la revocación directa de los actos administrativos y la vía gubernativa. En efecto, en Francia por ejemplo, la revocación procede solamente por razones de legalidad y sin que éstas sean "manifiestas" como parece exigirlo el encabezamiento del artículo 69 del C.C.A.[10]. Solamente los criterios de oportunidad o conveniencia prosperan en la vía gubernativa[11].

La jurisprudencia derivada de la tutela ha tenido que intervenir en varias ocasiones para tratar de establecer las diferencias entre una y otra. Así en la tutela 033 de 2.002, la Corte Constitucional dedica un extenso punto a explicar sus diferencias[12]. No obstante lo anterior, la misma Corte ha detectado situaciones de confusión entre las dos figuras jurídicas en lo que ha llamado una "conjunción indebida de agotamiento de la vía gubernativa y revocación directa"[13].

---

10. Sin embargo, no encontramos literatura jurisprudencial o doctrinal que insista en esa exigencia de "manifiesta oposición a la Constitución política o a la ley". En todo caso constituiría un criterio bastante subjetivo que aunque pensado en garantía para el beneficiario del acto, dejaría un margen de discrecionalidad amplio al funcionario con el riesgo de limitar precisamente su finalidad garantista.

11. En todo caso, esta posibilidad no es absoluta. Así, cuando se trata de decisiones que puedan conllevar la adquisición de derechos -a los destinatarios o a terceros- las facultades del funcionario se limitan a la apreciación de causales de legalidad y, además, deberá situarse al momento de la expedición inicial del acto; es decir, sin considerar cualquier cambio ocurrido con posterioridad en relación con circunstancias de derecho o de hecho. V. René Chapus, Droit administratif général, tome 1, 14° edición, Montchrestien, Paris, n° 547.

12. "...1a.) La revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el artículo 70 ibídem, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas 2a.) Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de parte del afectado; la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio 3a.) La revocación directa puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; los recursos de la vía gubernativa deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos 4a.) La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley 5a.) La revocación directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior 6a.) La revocación directa sólo procede cuando se dan las causales previstas en el artículo 69 de C.C.A.; mientras en la vía gubernativa se pueden impugnar los actos por cualesquiera clase de inconformidad 7a.) La revocación directa de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los artículos 73 y 74 ibídem; en tanto que en la vía gubernativa no hay restricción alguna.".

13. V. T-393-01, T-1131-01, T-1228-01 y T-059-02.

II. LA REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO, UN VERDADERO DESAFÍO AL RÉGIMEN GARANTISTA

El artículo 73 comienza con un título abiertamente contradictorio con su contenido: "Revocación de actos de carácter particular y concreto". En efecto, el artículo no se refiere a actos de carácter particular y concreto sino a una "situación jurídica de carácter particular y concreto", lo que es bien diferente ya que estas situaciones pueden igualmente generarse en actos generales[14] y modifica completamente la discusión puesto que si el carácter particular y concreto de los actos administrativos no suscita realmente controversia, la noción de "situación jurídica de carácter particular y concreto" ocupa el centro del debate, por lo menos en otros países como Francia debido a que determina la calidad de derecho adquirido.

En nuestro medio, parece no existir dificultad en relación con la amalgama sistemática efectuada entre "situación jurídica de carácter particular y concreto" y derecho adquirido[15]. Sin embargo conviene señalar desde ahora que se trata de nociones bien diferentes como lo deja ver en su extenso estudio sobre "La noción de derechos adquiridos en derecho administrativo francés", Constantin Yannakopoulos[16]. Para este autor, siguiendo el derecho francés, toda situación adquirida no implica un derecho adquirido. Hay casos en los que la situación jurídica creada no garantiza los intereses de la persona concernida sino el interés general y por ende, no puede justificarse el reconocimiento de derechos. Hay situaciones adquiridas de las que se beneficia un gran número de personas como sería el caso, por ejemplo del acto por el que se implementa un servicio público y que beneficia a todos sus usuarios sin que por ello se les genere

14. El jurista francés Georges Vedel piensa que no es exacto afirmar que los actos generales (reglamentos) nunca confieren derechos y que éstos son creados únicamente por decisiones individuales: "Lo que es quiere decir es que nadie tiene derecho a que se le mantenga un reglamento, es decir, no nadie puede válidamente oponerse a su derogación. Pero éstos pueden conferir derechos hacia el pasado como sería el caso del reglamento que otorgaba una prima a un funcionario". V. Georges Vedel, Droit administratif, Tome 1, Presses Universitaires de France, 1992, p. 306.

15. En la sentencia SU-544-2001 se aprecia claramente esta asociación: " En tales circunstancias, procedió bien el Consejo Nacional Electoral cuando aplicando la Constitución e inaplicando en consecuencia el aludido acto administrativo (art. 4 C.P.) procedió a la elección de un nuevo Registrador, pues no existía como limitante para realizar ésta la existencia de una situación jurídica particular y concreta o un derecho adquirido que debiera ser respetado por el mencionado Consejo".

16. Constantin Yannakopoulos, La notion de droits acquis en Droit administratif francais, L.G.D.J., 1997.

derechos adquiridos. El Consejo de Estado francés confirma ese planteamiento ya que no admite la existencia de derechos adquiridos a favor de un conjunto de usuarios porque el principio que prevalece en este punto es el de mutabilidad del servicio público. En conclusión, el juez francés solamente identifica derechos adquiridos en caso de favorecer a un círculo cerrado de personas.

La importancia de esta distinción residiría, en el derecho colombiano, en la posibilidad de revocar sin consentimiento expreso y escrito los actos que hayan creado situaciones jurídicas que no alcancen el grado de derechos adquiridos sin contrariar el contenido del artículo 58 de la Constitución Política.

Centrándonos ahora en el debate planteado por el fallo José Miguel Acuña Cogollo[17] en relación con la interpretación del artículo 73 del C.C.A., convendría, en un primer momento, presentar las posiciones enfrentadas al interior del Consejo de Estado, para luego, con base en las sentencias de tutela, complementarlas.

1. Fallo José Miguel Acuña Cogollo: El anuncio de divergencias profundas para la revocación directa de los actos administrativos

En este fallo, se presenta una gran discusión acerca de la redacción misma del artículo y sus alcances. Consideramos al mismo tiempo que el profesor Libardo Rodríguez que "*no es cierto que el problema radique simplemente en la forma de redacción de la norma controvertida*"[18], radica en el fondo mismo de la noción de revocación como lo veremos enseguida.

La posición mayoritaria considera que procede la revocación de los actos en las siguientes hipótesis:

a. Siempre que el respectivo titular consienta de manera expresa y escrita[19].

---

17. V. Jurisprudencia y doctrina, Editorial Legis, n° 371, noviembre de 2002, p. 2490.
18. V. Ámbito jurídico, mayo 12 a 25 de 2003, p. 5B.
19. Este aspecto no ha sido muy tratado por la doctrina colombiana a pesar de su gran importancia y complejidad presentada a partir de la redacción de la norma. No se aprecia claramente si el artículo quiso significar que "el respectivo titular" lo es del derecho sin importar que no sea el destinatario del acto o, si se refiere exclusivamente al destinatario del acto. Si se acepta esta última situación, se desconocería la potencialidad que tienen algunos actos de generar derechos adquiridos a terceros no destinatarios de las decisiones administrativas. Si se acepta la primera, entonces habría que concluir que sería necesario obtener el consentimiento en los términos fijados por el artículo 73 del C.C.A. de un administrado no destinatario de la decisión.

b. En caso de silencio administrativo positivo cuando se presentaren las causales del artículo 69 del C.C.A.

c. Cuando el acto hubiere ocurrido por medios ilegales de la misma administración o del administrado o de un tercero[20].

De esta manera, la Sala Plena establece una categoría única de revocación que, hasta donde sabemos, no ha sido adoptada por ninguna sentencia de la Corte Constitucional. Esta última, como lo veremos más adelante, en su posición garantista de los derechos de los administrados, no ha aceptado la revocación por medios ilegales causados por persona distinta al beneficiario del acto. Así, si los medios ilícitos provienen de un tercero o de la misma administración, le queda a ésta solamente la posibilidad de demandar su propio acto ante la justicia administrativa para que sea ella la que declare su nulidad.

El magistrado del Consejo de Estado, Alier Hernández, en un salvamento de voto, se aparta de la tesis mayoritaria afirmado que la revocatoria sin consentimiento procede únicamente para el caso del silencio administrativo positivo, "*si se configura una de las tres causales del artículo 69 del mismo código o si fuere evidente que el silencio (o el acto, que es lo mismo) "ocurrió por medios ilegales"*. Para el Dr. Hernández, "esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona"[21].

Este salvamento no nos puede dejar sin interrogantes en relación con el alcance de las decisiones de las Altas Cortes puesto que efectivamente la tesis del Magistrado Hernández ha sido recogida en múltiples fallos de tutela producidos por la Corte Constitucional y en especial en una sentencia de unificación del año 2.001 en la que textualmente se expresó lo siguiente:

---

20. Extrañamente la sentencia se apoya en la autoridad del derecho francés, representada por el profesor Michel Stassinopoulus, cuando de su lectura se desprende una posición diferente a la sostenida por la Sala. Stassinopoulus limita la posibilidad de retirar los actos administrativos a los medios ilegales imputables al destinatario del acto, excluyendo así los casos en los que se presentan por conductas reprochables a la administración o a terceros como se puede apreciar en el texto citado directamente en la sentencia: " Si estas personas invocan contra el retracto del acto la situación creada en su provecho, la administración puede oponerles la exceptio doli. Ello significa que la actitud del administrado debe ser siempre correcta y conforme a la buena fe. Es preciso, pues, que el administrado no sea responsable en modo alguno de la ilegalidad del acto, es decir, que no lo haya provocado por una actuación dolosa".

21. T-347 – 94. Ver igualmente: T-947 – 00.

"Es cierto que según el inciso 2o. del art. 73 en referencia es posible la revocación de los actos administrativos de contenido subjetivo o particular y concreto «cuando resulten del silencio positivo, si se dan las causales previstas en el art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales»; pero esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona"[22].

En algún sentido, es la tesis del salvamento la que goza de respaldo constitucional. Pero, ¿Cuál prima? ¿Qué garantías tienen los administrados a una justicia estable, que redunde en la seguridad jurídica? Todas esas son preguntas sin respuesta por el momento.

Las cosas no serían tan difíciles si la interpretación del artículo 73 se limitara a los puntos de vista que acabamos de exponer; pero una lectura rápida de un cierto número de decisiones de la Corte Constitucional, nos conduce a concluir que existen más hipótesis que permiten la revocatoria de los actos administrativos sin el consentimiento del beneficiario, como lo veremos inmediatamente.

2. La intervención del juez de tutela: la búsqueda de una solución garantista

Es importante señalar desde ahora que el presente ensayo parecería demostrar que no existe realmente una posición clara en la jurisprudencia en relación con este tema. En efecto, algunas sentencias argumentan una línea determinada pero se fundamenta, a veces, en fallos que las contradicen. Esto no es exclusivo de la Corte Constitucional; ya vimos como ocurre lo mismo en el Consejo de Estado. Así, la sentencia SU-2001 ya citada incurre en esa imprecisión al señalar que:

> "De acuerdo a lo señalado por el Código Contencioso Administrativo (...) los actos administrativos creadores o modificadores de situaciones concretas y particulares, no son susceptibles de ser revocados sin el previo consentimiento del particular, consentimiento que deberá ser dado de forma expresa y por escrito. De esta manera, al partirse de una situación jurídica surgida de un acto administrativo de estas características, la administración o ente que profirió tal acto, no podrá bajo ninguna circunstancia revocar su propio acto, sin que

22. SU-544-01

medie para ello la previa, expresa y escrita autorización que el particular informe. (...)Sólo en dos casos excepcionales dichos actos administrativos de carácter particular y concreto pueden ser revocados por la administración sin previo consentimiento del particular: primero, cuando dicho acto administrativo es consecuencia del silencio administrativo positivo, y segundo, cuando el acto es fruto de una actuación ilegal y fraudulenta por parte del particular que llevó a la administración a cometer un error".

Pero concluye así:

"Cabe señalar que si bien el artículo 69 del C.C.A. admite otras hipótesis bajo las cuales es posible la revocatoria directa, la Corte ha precisado, interpretando el artículo 73 del mismo estatuto, que la revocatoria únicamente cabe respecto de actos presuntos. Frente a los restantes, debe acudir a la jurisdicción contenciosa".

Tampoco podemos hablar de una secuencia cronológica con avances paulatinos o graduales. Las sentencias se citan entre sí y, quizá, sin mucha conciencia de la hipótesis planteada. Por ello es que nuestro trabajo busca detectarlas y hacerlas explícitas en las líneas que siguen, mostrando, en la medida de lo posible, su grado de aceptación.

A. Cuando el acto es fruto de una actuación ilegal y fraudulenta por parte del particular que llevó a la administración a cometer un error.

Esta posición evidentemente se fundamenta en la teoría de los derechos adquiridos y revoca el acto por considerar que no se está en presencia de uno de ellos pues como dice el profesor Jorge Enrique Ibáñez:

"En tal caso, se afecta el proceso volitivo e intelectivo en la formación y expedición del acto y, por lo mismo, la administración no puede quedar atada al obtenido por medios ilegales. Repárese en el acto expedido con fundamento en medios de prueba falsos o ilegales. Aquí es necesario recordar que el delito no genera derecho y por lo mismo, no se configura, no se crea, una situación jurídica de carácter particular y concreto que las autoridades ni los demás particulares tengan que respetar. En tal caso procede la revocatoria directa sin el consentimiento del particular, tal y como lo ha dicho ahora la Sala Plena del Consejo de Estado, sin perjuicio que el particular afectado con la decisión ejerza las acciones a que haya lugar"[23].

23. V. Ámbito Jurídico, Legis, Juriscrítica, N° 6, p. 8B.

Por medio de esta vía, la Corte ha tutelado los derechos de un Registrador Nacional del Estado Civil[24] y a pensionados a los que repentinamente se les suspendía el pago luego de "revisar nuevamente el expediente respectivo"[25], en lo que la misma Corte ha considerado una revocación disfrazada.

B. Cuando haya motivos para sospechar que el acto expreso ocurrió por medios ilegales

Encontramos esta posición en un solo fallo T-230-93 en el que la Corte expresa lo siguiente:

> "Así las cosas, hay que decir que los actos administrativos, cuando hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrán ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular salvo, cuando resulten del silencio administrativo positivo, se den las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso-Administrativo, o fuere evidente que el acto se produjo por medios ilegales. En el caso a estudio, es manifiesta la oposición a la Constitución y a la ley de la Resolución No. 8 de 1968, pues fue expedida por una Dependencia que carecía de competencia para autorizar que se construyera un condominio privado sobre el espacio público; es claro también que no está de acuerdo con el interés público, pues es deber del Estado, no sólo: «velar por la integridad del espacio público...", sino también, y en virtud del mismo Artículo 82 de la Constitución, "...y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular». Además, le causa agravio injustificado a los ciudadanos, que se vienen viendo privados del uso de una franja del espacio público, irregularmente ocupada. Y, aunque no obra en el proceso la prueba plena que permita afirmar que es evidente que el acto se produjo por medios ilegales, sí hay al menos motivos para sospecharlo".

Sin lugar a dudas es un fallo poco garantista en la medida en que faculta a la administración a revocar por "sospechar". La cercanía de esta tutela con la sentencia de la Sala Plena, Acuña Londoño es sorprendente. En efecto, el Consejo autoriza la revocación por considerar que la actitud del accionante es dudosa:

> "el anterior recuento probatorio no existe la menor duda de que las certificaciones que obran a folios 16 y 17 expedidas con ocasión de la

24. V. SU 544-01
25. V. T-611-97

investigación adelantada, son veraces, no así la prueba que supuestamente allegó el demandado para obtener de manera sinuosa la pensión de jubilación. Y a esta conclusión se llega, pues el beneficiario de la pensión en esta litis no pudo desvirtuar tal constancia ni demostró por otros medios que prestó sus servicios al citado municipio desde el 3 de enero de 1954 al 6 de diciembre de 1971".

El Consejo "sospecha" incluso de la veracidad de los hechos a partir de eventos completamente externos al proceso:

"Resulta eso sí curioso que en las innumerables demandas que ha examinado la Sección Segunda de esta Corporación sobre casos similares al que ocupa a la Sala en este proceso, en los cuales se alegó el mismo siniestro del incendio y la destrucción de las actas de posesión, tanto en el Municipio de Cereté como en el de Ciénaga de Oro, los demandantes dicen haber desempeñado empleos como el de Inspector de Tránsito, de Vías y de Policía, resultando poco creíble la gran demanda de tales cargos en esos municipios de escasa población".

Pero lo que realmente llama la atención es que esta tesis de la Corte ha venido siendo revisada de manera continua en sentencias posteriores, haciendo más notoria las diferencias conceptuales entre las dos Altas jurisdicciones en detrimento de la seguridad jurídica que reclaman los administrados.

Una tutela en la que el actor pedía el pago de una pensión, le permitió a la Corte fijar claramente su posición acerca de la exigencia de la "evidencia de ilegalidad" para que la administración pueda revocar un acto administrativo sin el consentimiento expreso y escrito del beneficiario de la decisión:

"No hay evidencia de la ilegalidad, o del fraude -como lo denominó la administración- para lograr el reconocimiento de la pensión. Brillan por su ausencia elementos objetivos convincentes e indudables que comprometan a la actora en la comisión de hechos punibles. Ello no se opone a la investigación penal que puede iniciarse y que la propia administración debería impulsar si considera que hubo actuaciones delictivas en el curso del trámite que culminó con el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora. Pero la actual falta de certidumbre sobre un ilícito comportamiento de la interesada no permite la aplicación unilateral de la facultad revocatoria excepcional, en la que no encaja el caso. (...) La Administración no podía revocar el acto positivo mediante el cual había reconocido. Es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la

motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así"[26].

La Corte va incluso más lejos en cuanto al carácter ilegal del acto y exige que contenga una abrupta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico.

C. Cuando los actos expresos particulares ilegales contengan una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico

La mayoría de los casos en los que la Corte se ha pronunciado a este respecto tienen que ver con la "suspensión"[27] de pensiones. Se constata fácilmente el interés del juez para proteger el derecho fundamental al debido proceso que se ve en riesgo al producirse la revocación del acto:

> "Forzoso es concluir, entonces, a la luz de las precedentes reflexiones y según las pruebas que aparecen en el expediente, que al solicitante, titular de un derecho radicado en su cabeza al morir su progenitora y cuyo disfrute estaba asegurado según las disposiciones legales, le fue desconocida la garantía del debido proceso, al haber interrumpido el Seguro Social, de manera abrupta y arbitraria, sin trámite ni fórmula de juicio, el pago de las mesadas pensionales que recibía en sustitución de la madre"[28].

La Corte, dentro del marco de esta exigencia, no acepta las razones de la administración al disminuir el salario de un policía por "errores técnicos"[29], ni la revocación del nombramiento de unos maestros[30] o, finalmente, el impedimento para que unos funcionarios de carrera se posesionaran[31].

---

26. V. T-336-97
27. Que en la jurisprudencia de la Corte consiste en la verdadera revocación.
28. V. T-264-01
29. V. T-1570-00
30. V. T-1162-01. " No se diga que el alcalde podía revocar unilateralmente los actos de nombramiento en razón de la ilegalidad que él advertía sobre los mismos, pues bien vistas las cosas, ni los mentados actos resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, ni hay prueba de que los docentes incurrieron en conductas fraudulentas para acceder al servicio. Por el contrario, de una parte, los nombramientos fueron hechos por la administración municipal a través de actos expresos; y de otra, los quebrantos constitucionales o legales que pudieren revestir tales actos tuvieron su génesis en las omisiones de la misma administración. Los docentes se limitaron a recibir el nombramiento y a posesionarse, para lo cual ya contaban con el previo escalafonamiento".
31. V. T-224-02.

D. Cuando los actos expresos no hayan sido notificados

Esta posibilidad es planteada también por la doctrina. Luis Enrique Berrocal Guerrero la expresa en los siguientes términos:

> " Según la doctrina, acontece cuando un acto particular no ha sido dado a publicidad por ninguno de los medios o formas ya comentadas y la Administración opta por recoger o sustituir la decisión respectiva, o por abolirla del todo sino no está obligada a tomarla. El ejemplo típico es el acto mediante el cual se designa a determinada persona para un cargo de libre nombramiento y remoción, y antes de comunicárselo el nominador decide dejarlo sin efectos. En cuanto a las razones, la doctrina no ha ahondado en ello, pero consideramos que, según el caso, pueden ser de conveniencia u oportunidad cuando el acto es discrecional, o de mérito cuando es reglado. Este último evento sería cuando, por ejemplo, en un proceso disciplinario se tome la decisión de absolver al procesado, pero antes de hacer pública la decisión, ésta se cambia por la de sancionar como resultado de una apreciación distinta del plenario. Se da como un procedimiento de hecho puesto que no tiene regulación alguna, mediante el cual la Administración aprovecha la circunstancia de la no oponibilidad del acto administrativo, para corregir o rectificar la decisión en lo que estime conveniente o necesario"[32].

La revocación de un acto que no había sido notificado fue avalada por el Consejo de Estado en una sentencia del 17 de octubre de 1996, en un caso en el que el Departamento de Planeación Municipal de Bucaramanga estimó oportuno revocar una licencia de construcción que no había sido notificada[33].

Sin embargo, observamos que la Corte Constitucional se muestra abiertamente reticente a aceptar la revocación bajo esta idea de la falta de notificación aunque acepta, como es lógico, que " *un acto administrativo de carácter individual, mientras no sea notificado, es una simple intención*

---

32. V. Berrocal, op. cit., p. 303.

33. V. C.E., Sección Primera, 17 de octubre de 1996, Consejero Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Referencia: Expediente No. 3972: " En el caso sub examine la resolución Núm. 1361 de 6 de agosto de 1993, por la cual se concedió una licencia de construcción a la actora, expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Bucaramanga, es de carácter particular, pero al no haber sido notificada a la actora en forma personal, por edicto, ni por conducta concluyente, no alcanzó a producir efectos. La eficacia de los actos administrativos o la capacidad para producir efectos está íntimamente ligada al hecho de su publicidad a través de la notificación o publicación, ya sea que se trate de los actos de carácter particular o general. Si la referida Resolución 1361 no alcanzó a producir efectos, porque no alcanzó a ser notificada a la interesada, ello significa que la Administración podía revocarla sin que se requiriera el consentimiento expreso y escrito de aquélla, pues frente a la misma no se había consolidado situación jurídica alguna".

de la administración y no puede causar efectos jurídicos porque es inoponible. La falta de notificación de un acto administrativo significa que éste no producirá efectos legales"[34].

En efecto, la Corte frena de plano las revocaciones de actos que no hayan sido notificados por violar el debido proceso:

> "La decisión que pone término a una actuación administrativa que no es notificada a las partes vulnera el debido proceso. La ley consagra como sanción su ineficacia (C.C.A. art. 48). Iniciada una actuación administrativa, el acto público que le pone fin, por contener una decisión mediante la cual la administración se inhibe, concede o niega la petición incoada, debe comunicarse en debida forma a la parte interesada, de modo que la conozca y adecue su conducta a la misma o la impugne, esto es, ejercite el debido proceso. La notificación es una condición de posibilidad de la ejecución del debido proceso. De ahí que el ocultamiento del acto - que es análogo a su no notificación -, equivale a la vulneración del debido proceso, que incorpora en su núcleo esencial la posibilidad de conocer los actos públicos y ejercitar todos los recursos y acciones que concede la ley"[35].

Además, esta hipótesis de revocación permitiría excepciones fundadas en circunstancias coyunturales para el administrado. Por ejemplo, una persona puede notificarse por conducta concluyente, intentando un recurso en sede administrativa o una acción de tutela, luego de enterarse por los medios de comunicación de su reemplazo en un determinado cargo cuyo nombramiento se había efectuado por un período determinado. En ese caso, la rapidez y el conocimiento del administrado lo colocaría a salvo de la revocación del acto de su nombramiento en la medida en que la administración tendría que solicitarle su consentimiento escrito y expreso y éste, naturalmente, no lo concedería. Sólo le quedaría a la Administración demandar ante la justicia su propio acto. Lo chocante de este ejemplo es que deja una opción para un administrado aventajado, justamente lo contrario de un derecho administrativo preocupado de favorecer la igualdad de oportunidades a todos los miembros de la comunidad. También prueba esa excepción que se está lejos de una regla bien definida.

E. Cuando sea necesario para corregir errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

En principio esta posibilidad de revocar, consagrada expresamente en el inciso tercero del artículo 73 del C.C.A., no admitiría sino el reproche ya

34. V. T-1228-01.
35. V. T-165-01

formulado por la doctrina en el sentido de no ser considerada como una revocación. Es realmente una corrección del acto.

Pero ésto que en apariencia no ofrece ninguna dificultad, no aparece tan claramente en realidad. Así, el juez se ha visto obligado a precisar el alcance de las correcciones de los actos administrativos en sentencias de tutela de la siguiente manera:

> "El error aritmético se refiere a aquellas equivocaciones derivadas de una operación matemática que no altere los fundamentos ni las pruebas que sirvieron de base para adoptar la decisión. De suerte que se limita su desarrollo o práctica a las modificaciones que no impliquen un cambio jurídico sustancial en la decisión adoptada, teniendo entonces dicha figura un uso restrictivo y limitado. Bajo esta consideración, el error aritmético no puede ser utilizado como herramienta jurídica válida para alterar el sentido y alcance de los actos administrativos, mediante una nueva evaluación probatoria, la aplicación de nuevos fundamentos jurídicos, o la inobservancia de los que sirvieron de sustento a la decisión. Incluso, en el caso de presentarse duda sobre la naturaleza jurídica del error, es decir, si este es o no aritmético, es deber de la Administración proceder en el sentido más garantista para el administrado, de tal manera que no se afecte la posición obtenida por éste legítimamente. Esta interpretación está acorde con los principios de imparcialidad y favorabilidad que gobierna el ejercicio de la función administrativa. La Administración, so pretexto de revocar parcialmente un acto administrativo por error aritmético, no puede abrogarse competencia para revisar el acto administrativo en todo su contexto, pues, como se ha venido señalando, tal actitud le impide al respectivo titular del derecho subjetivo establecido en el acto, ejercitar la defensa de su situación jurídica y controvertir la nueva decisión adoptada por la Administración[36]".

Este aspecto no ha escapado al análisis de la doctrina española que ratificando lo expresado por nuestra Corte Constitucional afirma:

> "Pero mediante la utilización del sencillo procedimiento de la corrección de errores tampoco se trata de revocar decisiones administrativas por razones de oportunidad: la pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación. Entendiendo por contenido, según la mejor doctrina, la declaración de voluntad, conocimiento, juicio o deseo que todo acto administrativo contiene, o el efecto práctico que con dicho acto se pretende obtener. La Administración, cuando rectifica

36. V. T-033-02

errores materiales, no ha cambiado de voluntad, no considera que la resolución adoptada con anterioridad sea inadecuada; todo lo contrario: al utilizar la técnica de rectificación, se afianza en la voluntad primigenia; lo que la Administración busca es, precisamente, eliminar de sus resoluciones y actos aquellos elementos que pueden tergiversar la exteriorización de su voluntad, como reconoce la propia jurisprudencia. En definitiva, se busca la adecuación entre voluntad y manifestación externa de la misma"[37].

De esta manera quedan presentadas las diversas posibilidades que admiten la revocación de los actos administrativos en las que se aprecia un afán permanente de la Corte Constitucional para salvaguardar las garantías de los asociados. No obstante lo anterior, surge un interrogante dentro de la propuesta garantista del juez constitucional que tiene que ver, de una parte, con la sugerencia constante para que la administración demande su propio acto ante el juez administrativo mediante la llamada acción de lesividad y, de otra, con la noción de derecho adquirido frente al silencio administrativo positivo.

Corresponde entonces examinar brevemente estos dos temas.

III. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES A LA REVOCACIÓN DIRECTA, DUDAS SOBRE EL RÉGIMEN GARANTISTA

El derecho colombiano se ha debatido constantemente, así como lo hemos visto a lo largo de este escrito, entre la búsqueda de garantías al régimen de los derechos adquiridos generados por decisiones administrativas y la posibilidad de retirar los actos ilegales de la vida jurídica, que además es un deber de la administración. La audacia del jurista colombiano lo ha conducido a establecer una regla incontrovertible: los actos derivados del silencio administrativo positivo pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del beneficiario (A). También a importar de sistemas jurídicos extranjeros diversas instituciones: la acción de lesividad (B). ¿Son realmente garantistas? Su verificación se efectuará inmediatamente.

1. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y DERECHOS ADQUIRIDOS, ¿UN DERECHO EN SILENCIO?

Sin ser evidentemente desfavorable a los administrados, este sistema descongestiona el trabajo de la administración y permite a menudo la toma de

37. Iñigo Sáenz Rubiales, La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia, REDA, nº 090, 1996, p. 299.

decisiones en plazos más cortos que si hubiese sido necesario elaborar la decisión de manera expresa. Este silencio se traduce por una mejor satisfacción de los intereses de los administrados y una mayor eficacia de la administración[38]. Supone algunas reglas propias a su naturaleza: La primera es que la posibilidad de ejecutar el derecho derivado de la aceptación implícita resida en cabeza del administrado y no de la administración[39]; la segunda tiene que ver con la obligación del legislador de preverlo exclusivamente para aquellos casos que no genere riesgo económico para la Administración.

El silencio constituye entonces una forma de decidir por parte de la administración: ¿para qué desgastarla en la toma de decisiones expresas en aquellos asuntos en los que normalmente tomaría una decisión afirmativa? El administrado es el que concretiza esa decisión implícita ejerciendo el derecho. Luego, estamos en presencia de un acto administrativo, que como cualquiera puede "crear o modificar una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría". Es decir, puede ser creador de derechos adquiridos.

El artículo 58 de la Constitución cuando trata el tema de los derechos adquiridos, lo hace de manera absoluta, no descarta ninguna forma, aparte de los que no se adquieran con arreglo de las leyes civiles, y éste, de seguro, no es el caso del silencio administrativo positivo. Quizá, desde esta perspectiva, la revocación directa de los actos derivados del silencio administrativo positivo pueda ir en contra del presupuesto previsto en el artículo 58 de la Constitución.

En Francia, recientemente, el Consejo de Estado consagró para este tipo de actos "una solución de choque": la imposibilidad de revocarlos[40]. Es exactamente la posición inversa a la colombiana. Tal vez aquella es más garantista y persigue evitar la inseguridad jurídica que igualmente se puede generar por la posibilidad indefinida de la administración de revocar los actos derivados del silencio administrativo positivo. Lo curioso es que los argumentos ruidosamente expuestos a favor de la seguridad jurídica cuando se trata de actos expresos, se silencian cuando hablamos de decisiones implícitas de aceptación o de silencio administrativo positivo.

---

38. En ese sentido, ver René Chapus, op., cit., n° 677.

39. En Colombia existen casos en los que se hace muy difícil su aplicación, por ejemplo, el silencio administrativo positivo derivado de la solicitud de copias (Art. 25 de la ley 57 de 1985) y el de las reclamaciones en las prestaciones de servicios públicos domiciliarios (Art. 185 de la ley 142 de 1994).

40. V. René Chapus, op., cit., n° 1343.

2. La acción de lesividad: ¿La solución ideal a la revocación de las decisiones administrativas creadoras de derechos adquiridos?

El numeral 7° del artículo 136 señala que: "Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la expedición". Extraña forma para consagrar una institución jurídica muy importante. En todo caso, esa redacción equivale a la acción de lesividad.

Nos referiremos muy brevemente a este tema, resaltando especialmente las dudas que genera en relación con su verdadero alcance.

Desde una perspectiva eminentemente académica nos podríamos interrogar acerca de ¿por qué el juez si puede hacer lo que el administrador no puede? Es decir, si una persona ejerce un derecho atribuido por una decisión ilegal de la cual es completamente ajena, ¿puede el juez desconocerle ese derecho cuando la administración debió renunciar a cualquier pretensión de revocar el acto por estar frente a un derecho adquirido, protegido constitucionalmente? ¿O el cambio de sede desnaturaliza la noción de derecho adquirido y es por esto que el juez lo puede afectar?

Igualmente pensaría que hay situaciones en las que la acción de lesividad sería muy útil, pero, en cambio otras en las que su efectividad estaría en duda. Por ejemplo, luego de la expedición de una licencia de construir, la Administración se percata de la ilegalidad del acto y solicita al beneficiario su revocación a lo que éste responde negativamente. La Administración tiene dos años para demandar su propio acto y así, cuando la demanda sea admitida ya habrá pasado un tiempo largo[41] y, mientras tanto, la obra se termina y se vende a terceros de buena fe. Imaginemos que el juez declara la nulidad del acto, ¿qué puede pasarle al beneficiario de la decisión? y ¿a los terceros de buena fe? No veo respuesta coherente jurídicamente.

Quizá la mejor respuesta a este problema la ofrezca la Ley 446 que en su artículo 71 prevé que "Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el acta de conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". Es decir, que lo más razonable es llegar a un acuerdo que incluya la parte económica.

41. Sabemos que en ciudades como Bogotá, una demanda se puede demorar hasta un año para ser admitida, lo que reduciría los efectos de una eventual solicitud de suspensión provisional del acto.

IV. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, solamente queda por decir que es urgente una intervención del legislador para que teniendo en cuenta las grandes dificultades de este tema, revise esa institución reglamentada ya hace casi 20 años sin lograr todavía su afianzamiento. La diversidad de posturas de nuestras Cortes no hace sino reafirmar esa necesidad de intervención ante las dificultades mostradas por la jurisprudencia y retrazadas en este breve estudio. La incertidumbre para el administrado no contribuye para nada a garantizarle un mínimo de seguridad jurídica máxime cuando actualmente la tesis del Consejo de Estado no tiene ningún respaldo en la jurisprudencia constitucional.

El legislador debería inspirarse del sentido garantista del juez de tutela y revisar cuidadosamente las alternativas que más convengan a nuestro sistema jurídico para así contribuir a la solución de este problema que hasta ahora presenta cada vez más dificultad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Ámbito jurídico, Editorial Legis, mayo 12 a 25 de 2003.

BERROCAL GUERRERO, LUIS ENRIQUE. *Manual del acto administrativo*, Ediciones Librería El Profesional, 2001.

CHAPUS RENÉ, *Droit administratif général, tome 1*, 14° edición, Montchrestien.

GARCÍA-TREVIJANO, GARNICA ERNESTO. *Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen*, Revista REDA, n° 091, 1996.

Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Legis, n° 371, noviembre de 2002, p. 2490.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho Administrativo general y colombiano,* Editorial Temis, 2002.

SÁENZ RUBIALES, IÑIGO. *La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia,* REDA, n° 090, 1996.

SANTOFIMIO G., JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

VEDEL, GEORGES. *Droit administratif, Tome 1,* Presses Universitaires de France, 1992.

YANNAKOPOULOS, CONSTANTIN. *La notion de droits acquis en Droit administratif francais,* L.G.D.J., 1997.

LA SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

POR MANUEL RACHADELL*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La expresión *solidaridad* se incorpora en nuestro ordenamiento constitucional en la Ley Fundamental de 1936, en la que, al regular las atribuciones de las Cámaras Legislativas actuando como Cuerpos Colegisladores, se dispone que éstas podrán "Dictar leyes para fomentar las instituciones de solidaridad social" (art. 77, numeral 13), norma ésta que se repite sin modificaciones en la Constitución de 1945 (art. 78.13). En la Constitución de 1961 se retoma este concepto cuando se pauta que "Las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumben a los particulares según su capacidad" (art. 57). En la Constitución Bolivariana de Venezuela se hace reiterada mención a la idea de solidaridad, referida tanto a lo social como a lo interterritorial. Pero antes de entrar en ese análisis debemos referirnos al significado de la palabra que consideramos.

Solidaridad se deriva de *sólido*, ésto es, de un concepto elaborado por la Física que alude "al cuerpo cuyas moléculas tienen entre sí mayor cohesión que la de los líquidos"[1]. Un sólido es, pues, un objeto material de tres dimensiones que se caracteriza por ser un cuerpo macizo, denso y fuerte[2]. De la Física el concepto pasa al Derecho Civil para denominar un tipo de obligación, la obligación

---

*. Profesor de Derecho Administrativo y de Finanzas Públicas de la U.C.V.

1. Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española.*
2. Ibidem.

"*in solidum*" o solidaria, que es "aquella cuyo objeto, por expresa disposición del título constitutivo o por precepto de la ley, puede ser demandada totalmente por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores"[3]. En este supuesto, entre los acreedores o entre los deudores se forma respectivamente un bloque, de manera que cualquier miembro de cada bloque puede accionar contra todos o algunos de los del otro bloque, o responde por todos los co-obligados, según el caso. De aquí se derivan dos sentidos diferentes para la expresión: la solidaridad como una manera de responder uno por todos o la de actuar uno en nombre del conjunto, pues la solidaridad puede ser activa o pasiva. En todo caso, lo que caracteriza a estas obligaciones, sea desde la perspectiva de los deudores o de los acreedores, es que cada individuo forma parte de un bloque. Aquí interviene de nuevo la Física, pues el sólido es uno de los tres estados de la materia, que se distingue de los líquidos y de los gases en "su capacidad para soportar tensiones".[4] También en las relaciones sociales, la solidaridad permite soportar mejor las tensiones. A esta acepción del término se refiere Cabanellas cuando otorga a la palabra "solidaridad", entre otros, el sentido -que no ha recogido la Academia Española- de "Identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva"[5], y a la voz "solidario", el significado de "Adherido, asociado a una causa; simpatizante de la misma, colaborador suyo. Esta solidaridad demuestra una actitud generalmente altruista, ya que se manifiesta con quien es objeto de una persecución o agravio, o con las víctimas de un siniestro o delito".[6]

En su evolución, la voz *solidaridad* ha pasado a significar que nos debemos ayudar unos a otros los que somos miembros de una misma causa (lo que incluye a los integrantes de una Nación) y en esta acepción ha tenido amplia aplicación en la política, e incluso en las constituciones de los países. En este último caso sobre todo desde el momento en que las leyes fundamentales dejaron de ser exclusivamente unas normas sobre competencias y garantías, para incluir en su texto un programa de gobierno, lo cual ocurrió a partir de la Constitución de México de 1917, ejemplo éste imitado luego -tímidamente al principio- por las demás constituciones latinoamericanas.

Pero el auge del concepto de *solidaridad* se produjo realmente a partir de la fundación del sindicato del mismo nombre por el dirigente polaco Lech

---

3. Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Eliastra, S.R.L., Buenos Aires, 1981, p. 221.
4. Enciclopedia Británica: Enciclopedia Hispánica, 1991-1992, Volumen 13, p. 258.
5. Cabanellas, op. cit., p. 298.
6. Ibidem, p. 299.

Walesa, organización que entre sus ejecutorias cuenta nada menos que haber contribuido decisivamente al derrumbe del bloque comunista y haber llevado a su líder a la Presidencia de su país. Con posterioridad el nombre *solidaridad* ha sido ampliamente usado por partidos políticos, sindicatos, cooperativas, instituciones ambientalistas y, en general, por organizaciones no gubernamentales.

Con el surgimiento y aplicación de las ideas que peyorativamente han sido calificadas como "neoliberales", las que produjeron una mejora notable de las cifras macroeconómicas de los países -sobre todo en los del tercer mundo- y que ocasionó situaciones de agravamiento de la pobreza, por la falta de medidas compensatorias pensadas con realismo y con anticipación, la necesidad de la solidaridad para paliar los efectos negativos de esta política se hizo evidente. En ese momento -como en Polonia- esta expresión se aplicaba sobre todo con una connotación cercana a la actitud altruista que se manifiesta con quien es objeto de una persecución o agravio, o con las víctimas de un siniestro o delito, y esa proximidad estaba dada porque se refería a la pobreza, que no es un mal menor. El comercio mismo trató de marcar distancia con las ideas de competencia y explotación y comenzó a ofrecer sus mercancías a "precios solidarios".

En ese ambiente se inicia el proceso político en que estamos inmersos ("el proceso"), que proclama entre sus banderas la solidaridad como una reacción contra el "capitalismo salvaje" -blandiendo una expresión usada por el Papa Juan Pablo II- y la ayuda a las personas, a las familias y a las comunidades de menores recursos. Una idea fuerza de tanta significación para el proceso debía necesariamente manifestarse en el texto constitucional de 1999, y así la encontramos en las siguientes declaraciones:

1. En el Preámbulo se expresa que, entre los valores del Estado de Justicia, federal y descentralizado que se propone crear el Constituyente están "la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la paz para ésta y las futuras generaciones".

2. En el artículo 2 se incluye entre los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado de Derecho y de Justicia en que se constituye Venezuela: "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" (art. 2).

3. Se define a la República Bolivariana de Venezuela como un "Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución,

y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad" (art. 2).

4. Conforme al artículo 123 "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio".

5. "Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país..." (art. 132).

6. En el artículo 135 se pauta que "Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a su Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad, correspondan a los particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario...".

7. En el artículo 156 se enumeran las materias que son competencia del Poder Público Nacional, y entre éstas se contempla en el numeral 13 la potestad de crear "fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial", para referirse a las relaciones de la República con las personas públicas territoriales menores: los Estados y los Municipios.

8. Al regular los principios que rigen las relaciones internacionales se incluye la "solidaridad entre los pueblos en la lucha por la emancipación y el bienestar de la humanidad" (art. 152).

9. Se prevé que "De las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y los Ministros o Ministras que hubieran concurrido, salvo aquellas que hayan hecho constar su voto adverso o negativo" (art. 242).

10. Los órganos del Poder ciudadano deben, entre otros aspectos, promover "la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo" (art. 274).

11. El régimen socioeconómico de la República "se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad..." (art. 299).

12. "La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad..." (art. 326).

13. En la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución se anuncia una reforma del Código Orgánico Tributario para establecer, entre otros aspectos, "la extensión del principio de solidaridad, para permitir que los directores o directoras, o asesores o asesoras respondan con sus bienes en caso de convalidar delitos tributarios" (numeral 10).

Como puede observarse, la voz solidaridad aparece dos veces con una connotación negativa, porque alude a casos en que una persona, aunque no haya cometido un hecho reprobable, responde como parte de un conjunto (arts. 242 y Disposición Transitoria Quinta). En los demás supuestos se refiere a una actitud o a un sentimiento altruista, y entre éstos cabe distinguir entre: la solidaridad política en el ámbito internacional (art. 152), la solidaridad en el cumplimiento de determinados deberes (arts. 132 y 135), la solidaridad social, que es el principio general, y la solidaridad interterritorial (art. 156.13). Nos referiremos a esta última, pero antes debemos hacer unas acotaciones breves sobre la solidaridad social.

La solidaridad social tiene un aspecto de deber o de obligación que generalmente es de carácter ético: los que están en mejor situación deben ayudar a los más desfavorecidos. Estos últimos, por su parte, están legitimados para exigir a los otros que sean solidarios con ellos. En este sentido, el concepto de solidaridad se enlaza con el de justicia social: los que poseen más no tienen más derechos, sino más obligaciones. Desde el punto de vista económico, la relación así concebida es fácil de delimitar, porque se trata de adoptar políticas que aparejen una transferencia de activos o la prestación de servicios en forma gratuita o subsidiada. En lo jurídico, en cambio, a menudo se presentan dificultades y contradicciones con otros principios proclamados en la Constitución. Por ejemplo, en la Constitución se establece que el ingreso a los cargos de carrera se hará por concurso público, pero dado que los más pobres han tenido menos oportunidades de capacitarse, el resultado de los concursos será diferente según se aplique el principio de la imparcialidad o el de la solidaridad. Asimismo, cuando se producen invasiones a inmuebles privados, la actuación de las autoridades variará si se atiende a las normas que garantizan el derecho de propiedad o a las que promueven la solidaridad. Para evitar las contradicciones en casos como el segundo de los mencionados, sería necesario que la ley desarrollara el principio contenido en el artículo 135 de la Constitución

y determinara las circunstancias en que la solidaridad es obligatoria y aquellas en que es facultativa, y las consecuencias para las personas que resulten afectados en sus derechos por la actuación solidaria de los organismos públicos o por la imposición de obligaciones por la ley para hacer efectivo el principio de la solidaridad social. Esta regulación legal presenta dificultades en su confección, porque la exigencia de la solidaridad debe hacerse sin menoscabar otros derechos constitucionales de las personas. En cuanto al primer supuesto, la solución ha sido más fácil, aunque no muy jurídica: las autoridades han optado por prescindir del sistema de mérito.

II. SIGNIFICADO Y CONTENIDO DE LA SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL

La solidaridad interterritorial se refiere a que los organismos ubicados en los diferentes niveles del Poder Público deben actuar como un bloque para lograr los fines del Estado, sobre todo los de tipo social. En tal sentido existe una vinculación entre la solidaridad social y la interterritorial.

El concepto de solidaridad interterritorial se relaciona con la forma del Estado Venezolano, que consagra un federalismo a tres niveles: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional" (art. 136 de la Constitución). En este mismo artículo se determinan las ramas del Poder Público Nacional: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral y en el aparte único se dispone que "Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". Este principio de colaboración se refiere a las ramas del Poder Público, pero de un conjunto de normas que examinaremos seguidamente se desprende que también se prevé la colaboración entre los entes territoriales del Poder Público.

El principio de solidaridad interterritorial se manifiesta en relación con otros principios constitucionales, como son los siguientes:

1. El principio de subsidiariedad

La Constitución asigna las competencias que les corresponden a los entes que componen los diferentes niveles del Poder Público. Para el caso de competencias que no están expresamente atribuidas, nuestra Ley Fundamental consigna dos principios orientadores para determinar los titulares de las mismas: de un lado, que es de la competencia del Poder Público Nacional toda otra materia "que le corresponda por su índole o naturaleza" (art. 156.33); del otro,

que es de la competencia exclusiva de los Estados. "Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal" (art. 164.11). En el primer caso se trata de atribuir poderes implícitos al Poder Nacional, en el segundo de otorgar los poderes residuales a los Estados. Con relación a este segundo supuesto, debemos señalar que, en materia tributaria, la competencia residual no es estadal sino del Poder Nacional, porque así se dispone expresamente en la parte final del artículo 156.12. Ahora bien, en los casos concretos pueden surgir dudas de si una materia no atribuida expresamente es implícita del Poder Nacional o residual de los Estados, y a los fines de hacer la determinación del caso es importante tener en cuenta el principio de subsidiariedad que consagra el artículo 165 de la Constitución.

En efecto, las competencias concurrentes son las que pueden ser ejercidas por dos o más organismos del sector público. En algunos casos, el ámbito que corresponde a cada organismo con relación a una misma competencia puede estar determinado, y en este supuesto se trataría más bien de competencias compartidas, mientras que en otros el ejercicio por unos u otros puede ser indistinto. La Constitución no hace esta diferenciación, sino que se refiere a que "Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados" (art. 165). A continuación se dispone en el mismo artículo que "Esta legislación estará orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad". Luego, el principio de subsidiariedad, que había sido propuesto como una orientación general para regir el Estado federal descentralizado que se preveía en la Constitución, en el debate constituyente pasó a ser uno de los principios aplicables a la legislación sobre competencias concurrentes.

El antecedente más remoto sobre el concepto de subsidiariedad (que también se designa como subsidiaridad), lo encontramos en Adam Smith. Este autor, considerado por muchos como el padre del "capitalismo salvaje", aboga por la necesidad de impulsar la educación para todos, y expresa que el Estado debe asumir esta función cuando la sociedad no pueda realizarla.[7]

El concepto se utiliza en la Encíclica *Quadragesimo Anno*, del Papa Pío XI (1931), para expresar que, en materia educativa, el Estado debe actuar en forma supletoria con relación a la familia. Posteriormente la noción se amplió y la Real Academia Española define la subsidiariedad como una voz proveniente de la sociología que significa:

---

7. Véase: Mariano Grondona: *Los pensadores de la Libertad. De John Locke a Robert Nozik*, Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1989, p. 46.

> "Tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias".

En los casos anteriores, la expresión se refiere a que el Estado debe suplir las fallas de la sociedad, asumiendo -cuando el caso lo requiera- funciones que normalmente corresponderían a ésta. Pero la subsidiariedad se aplica también en lo interno del Estado, sobre todo en los Estados federales, para significar que la Unión debe respetar las competencias de las unidades federadas y que sólo puede asumirlas cuando éstas se encuentren incapacitadas para administrarlas con eficiencia. Con esta connotación, un autor contemporáneo ha expresado lo siguiente:

> "El federalismo, como configuración normativa del principio de subsidiaridad, descansa en el principio de que el cumplimiento de las tareas públicas deben ser asignadas al menor nivel posible. Las instancias superiores o el nivel nacional sólo asumirán aquellas funciones que los subsistemas no están en condiciones de resolver en forma autónoma. En tal sentido, el principio de subsidiaridad es un repudio a cualquier tipo de centralismo y, al mismo tiempo, una afirmación de la multiplicidad, diversidad y libertad".[8]

En el proyecto de Constitución española de 1873, propuesta por Francisco Pi y Margall y que no fue promulgada, se consagraba este principio en la siguiente forma:

> "En la organización política de la Nación española, todo lo individual es de la pura competencia del individuo; todo lo municipal es del Municipio; todo lo regional es del Estado, y todo lo nacional es de la federación" (art. 40).

El principio de subsidiariedad fue consagrado en Europa desde la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) en 1951, y en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea, que desde julio de este año está siendo sometido a un proceso de consultas para llegar a un documento que regule las relaciones entre los miembros de dicha Unión en lugar de los tratados actualmente existentes, se incluye la subsidiariedad entre los Principios Fundamentales, en los siguientes términos:

> "En virtud el principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros bien a nivel central o bien a nivel regional y local,

---

8. Hartmut Klatt: "Bases conceptuales del federalismo y la descentralización" en *Contribuciones 4/93* Revista de la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, Nº 4, enero-diciembre 1993, p. 9.

sino que pueden alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión" (art. 9.3).[9]

Con anterioridad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias de 12 de noviembre de 1996 (Asunto C-84/94, Rec. I-5755) y de 13 de mayo de 1997 (Asunto C-233/94, Rec. I-2405), había afirmado que el cumplimiento del principio de subsidiariedad es una de las condiciones incluidas en el requisito de motivar los actos comunitarios, con arreglo al artículo 253 (190) del Tratado CE. En cuanto a los informes de la Comisión relativos a la aplicación del principio de subsidiariedad en el transcurso de los años 1994, 1995 y 1996, en su Resolución de 13 de mayo de 1997, el Parlamento hizo hincapié en el carácter vinculante con rango constitucional del aludido principio, el cual está sujeto a la interpretación del Tribunal.[10] En la actualidad, la aplicación, extensión y consecuencias de este principio es uno de los tópicos que ha despertado mayor interés en las discusiones para la formación de la nueva Unión Europea.[11]

Ahora bien, el respeto al principio de la subsidiariedad, sobre todo por el Poder Nacional, forma parte del principio de la solidaridad. Por ello, la Asamblea Nacional no debe sancionar leyes que atribuyan competencia al Poder Nacional sobre aspectos que correspondan a los Estados o que puedan ser mejor administrados por éstos, ni debe el Ejecutivo Nacional asumir tareas que signifiquen la infracción al principio. De igual manera, los Municipios deben tener como propias las atribuciones relacionadas con la vida local, las cuales no pueden ser asumidas ni por los Estados ni por el Poder Nacional.

2. El principio de colaboración o cooperación

En el artículo 4 de la Constitución se define a Venezuela como un Estado federal descentralizado, el cual se rige, por principios como el de la solidaridad y el de la cooperación. En realidad, en el concepto de solidaridad está incluido el de cooperación entre los niveles territoriales de la República. Por otra parte, en el artículo 165, *eiusdem*, se determina que la legislación sobre las materias objeto de competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los Estados se regirá por diversos principios, entre ellos el de cooperación.

---

9. Véase la página Web: www.european-convention.eu.int/docs/treaty

10. Véase la página Web: www.europarl.eu.int/factsheets/1_2_2_est.htm. En el buscador google.com aparecen 26.000 páginas en español sobre el principio de subsidiariedad.

11. Antonio López Pina: "Del principio de subsidiariedad como límite al ejercicio de las competencias en la Unión Europea", en la Revista *Politeia*, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, enero-junio 2001, pp. 203 y ss.

En el artículo 185, *eiusdem*, se regulan dos instituciones que son fundamentales para hacer efectivo el principio de cooperación entre los niveles territoriales: el Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación Interterritorial. El primero es "el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios", y el segundo, dependiente del anterior, esta "destinado al financiamiento de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de la regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales y apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo".

Pero además, como una manifestación de la cooperación interterritorial, se dispone en la Constitución que los Estados, por órgano de los Consejos Legislativos tendrán facultad de iniciar leyes ante la Asamblea Nacional cuando se trate de leyes relativas a ellos (art. 204, numeral 8); que "Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos" (art. 206), que la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes consultarán a los Estados "a través de un representante designado o designada por el Consejo Legislativo" (art. 211) y que corresponde a la Asamblea Nacional "Velar por los intereses y autonomía de los Estados" (art. 187, numeral 16).

También son expresiones del principio de cooperación, las previsiones sobre transferencias de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios, para promover la descentralización (art. 157), dado que "La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estadales" (art. 158). El Poder Nacional debe también, en cumplimiento de este principio, asignar por ley a los Estados impuestos, tasas y contribuciones especiales, "para promover el desarrollo de las haciendas públicas estadales" (art. 167.5), y lo debe hacer dentro del primer año de la instalación de la Asamblea Nacional (Disposición Transitoria Cuarta, numeral 6), otorgar a los Estados participación en determinados tributos nacionales (art. 167.6) y "crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial" (art. 156.13).

En la Ley Fundamental que nos rige se prevén posibilidades de cooperación entre los niveles del Poder Público, cuyo tratamiento exhaustivo desbordaría los límites de este ensayo. Nos limitaremos a mencionar el

contenido del artículo 170, conforme al cual "Los Municipios podrán asociarse en mancomunidades entre sí o acordar con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativas a materias de su competencia". Esta norma constituye una invitación a acometer programas conjuntos entre entes territoriales ubicados en diferentes niveles y les permite crear personas jurídicas asociativas para el desarrollo de determinadas regiones o para la realización de programas de interés común.

3. El principio de la integridad territorial

Al mismo tiempo que la Constitución de 1999 define al Estado como federal descentralizado, es sumamente reiterativa en exigir respeto al principio de la integridad territorial. En efecto, tanto en el Preámbulo de la Constitución como en los artículos 1, 4, 15, 126 y 159 de la Constitución se consagra este principio, el que aparece como uno de los fines del pacto político que nos une. En la constitución se encomienda especialmente a los Estados que lo preserven, excepto en el artículo 126, en el cual se pone a cargo de los pueblos indígenas el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

La insistencia en este principio, cuya preservación por los diferentes niveles del Poder Público se fundamenta en el principio de solidaridad interterritorial, parece derivarse del temor a la secesión, que supuestamente podría originarse de la autonomía que se confiere a los Estados. A este respecto debemos observar que tanto en la práctica como en la teoría del Estado Federal la secesión no es un derecho que pueda ser invocado por ninguno de los Estados miembros, ni siquiera en los sistemas políticos que tienen un federalismo avanzado. En cambio, la hipótesis del desmembramiento -situación de hecho que puede darse en Estados unitarios-, nunca ha tenido su fundamento en la forma federal del Estado sino en el abandono de extensiones del territorio o en la discriminación de entidades subnacionales.

En todo caso, el principio de solidaridad, que obliga a los entes territoriales a comportarse como un bloque para el logro de los fines del Estado, es también una garantía para la integridad del territorio y aleja la posibilidad de desmembramiento.

III. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL EN LA PRÁCTICA

A pesar de que sin duda Venezuela es el país del mundo que consagra en forma más reiterada y enfática el principio de solidaridad, sin embargo, en

cuanto respecta al bloque de acción que deben formar los entes territoriales, la situación que se observa en el funcionamiento del sistema político presenta un aspecto muy diferente al que postula la Constitución.

Debemos decir de una vez que ninguna situación irregular se ha presentado con relación al principio de la integridad territorial. La unidad de la Nación está férreamente consolidada y el bloque no presenta fisuras en este sentido. No obstante, el panorama es diferente en cuanto al principio de subsidiariedad y al funcionamiento de los mecanismos de cooperación.

1. Las infracciones a la subsidiariedad

En Venezuela el proceso de descentralización que estaba previsto como posibilidad en la Constitución de 1961 se había venido cumpliendo desde el año 1989, cuando se sancionó la versión final de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, se realizaron las primeras elecciones de Gobernadores y Alcaldes en diciembre de ese año y se sancionó, a fines de ese mismo mes, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

Para el momento en que se reúne la Asamblea Nacional Constituyente el proceso de descentralización llevaba diez años de iniciado, había mostrado logros importantes, sobre todo en lo político, pero tenía una agenda pendiente en lo administrativo y en lo financiero. Con sus fallas, la descentralización había obtenido el apoyo total del país, y la Asamblea Nacional Constituyente se consideró obligada a manifestar su disposición de continuar y profundizar ese proceso. Lo esperado era que dicha Asamblea consagrara en el nuevo texto constitucional un esquema de funcionamiento descentralizado del Poder Público, con los correspondientes mecanismos de coordinación entre los diferentes niveles. Pero la Asamblea, aparte de incorporar a la Constitución la elección de los Gobernadores y de los Alcaldes que estaba prevista en la ley, no definió las competencias específicas ni los recursos que correspondían a los Estados, sino que dejó esa tarea al legislador ordinario. Por ello, en las líneas que siguen haremos algunas consideraciones sobre la forma como la Asamblea Nacional ha interpretado el principio de subsidiariedad en algunos casos concretos, y la manera como lo ha aplicado el Ejecutivo Nacional, tanto en lo referido a las competencias como a los recursos.

En la Exposición de Motivos de la Constitución se expresa que "En cuanto a la estructura del Estado Venezolano, el diseño constitucional consagra un Estado que se define como descentralizado, para así expresar la voluntad

de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con las especificidades que requiere nuestra realidad". En un verdadero Estado federal las unidades componentes tienen definido un ámbito competencial propio, dentro del cual pueden sancionar sus normas y aprobar sus políticas, pero no es esto lo que propugna la Constitución. En efecto, en el artículo 164 se definen las materias "de la competencia exclusiva de los Estados", pero en la mayor parte de las veces se agrega la coletilla "de conformidad con la ley". Ello significa que, en realidad, no existen competencias exclusivas, sino que todas las competencias son concurrentes.

En el documento presentado por el Presidente Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente llamado *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, para que sirviera de guía para la formulación de la nueva Constitución, se enumeraban expresamente las competencias concurrentes y se agregaba a continuación que "Las competencias concurrentes se reglamentarán mediante la celebración de convenios celebrados (sic) entre el Poder Nacional y los Estados". Pero como resultado del debate constituyente la norma sobre delimitación de dichas competencias quedó así: "Las materia objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Nacional, y las leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de (...) subsidiariedad" (artículo 165). Debemos advertir que los constituyentes sabían lo que significaba la subsidiariedad, porque cuando en la plenaria de la Asamblea Gastón Parra Luzardo pide explicaciones sobre el significado de la palabra subsidiariedad,[12] Ricardo Combellas responde que "La subsidiariedad es un principio que se ha ido imponiendo, ha venido siendo recogida por las últimas reformas constitucionales que han establecido el principio federal, o han remozado el principio federal en sus constituciones. Tiene su origen histórico, en la doctrina social de la Iglesia Católica. ¿Qué quiere decir esto? En términos muy básicos que en la medida en que la función estatal la pueda realizar adecuadamente la unidad inferior, tanto mejor y debe protegerse que la realice; por ejemplo, en Venezuela, si el municipio puede llevar adelante la función que queremos que lleve adelante dentro de nuestro Estado, se la damos al municipio y así escalonadamente, si el municipio no puede o lo hace inadecuadamente, ineficientemente, pasa al rango superior que serían los Estados de la Federación y luego si no a la Federación que une al país".[13] Conforme a lo expuesto, las leyes de base que dicte la Asamblea Nacional para delimitar las competencias entre el Poder Nacional y los Estados, deben asignar a aquel únicamente las funciones que éstos no puedan gestionar eficientemente.

12. Véase Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, sesión del 19/10/99, p. 17.
13. Ibidem, p. 21.

La Asamblea Nacional, sin embargo, con el pretexto de velar por la moralidad en los asuntos públicos, ha legislado para uniformizar los procesos administrativos de los Estados, como nunca se había hecho, sin tener presente que de acuerdo al texto constitucional las entidades federales tienen competencia "para organizar sus poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución" (art. 164.1). Así, en la Ley de Licitaciones, del 13 de noviembre de 2001, se ordena a los Estados y los Municipios aplicar los mismos procedimientos establecidos para el ámbito nacional, lo que impide a los entes subnacionales dictar normas que se ajusten a sus particularidades y a sus necesidades. De modo similar, en la Ley del Estatuto de la Función Pública, del 11 de julio de 2002, se regulan las relaciones de empleo público correspondiente a las administraciones públicas nacionales, estadales y municipales. En otros conjuntos normativos como la Ley Orgánica de Turismo, la Ley de Aviación Civil o la Ley General de Puertos, de noviembre de 2000, de septiembre de 2001 y de diciembre de 2002, respectivamente, se establecen unas regulaciones que colocan a los Estados y Municipios en situación de dependencia jerárquica de la Administración Nacional, pues se establecen sistemas sectoriales en que los entes subnacionales no son sino la dimensión regional o local de un sistema global dirigido por el Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, en la Ley de Tránsito Terrestre, dictada mediante decreto ley del 8 de noviembre de 2001, se confiere al Ministerio de Infraestructura la competencia para autorizar el establecimientos de peajes en las vías de comunicación y para decidir sobre el monto de las tarifas a cobrar a los usuarios a pesar de que, según la Constitución, es de la competencia exclusiva de los Estados la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas, tanto estadales como nacionales (art. 164, numerales 9 y 10).

La legislación que hemos tomado como ejemplo, promulgada después de la vigencia de la nueva Constitución, revela una tendencia que se caracteriza por la consideración de los Estados y Municipios como organismos sometidos a relaciones de subordinación, incluso en las materias que la Constitución les atribuye como competencias exclusivas. Al mismo tiempo, parece existir en el legislador nacional el concepto de que los entes subnacionales carecen de la habilidad y la responsabilidad necesarias para manejar sus propios asuntos y que en el centro político del país se concentra la sabiduría y la honestidad, criterio éste que no ha sido comprobado y, en su lugar, los indicios existentes evidencian precisamente lo contrario.

En general, la situación de la descentralización con relación a la que existía en el momento en que se inicia el proceso constituyente muestra un

franco retroceso, a pesar que en la nueva Carta las declaraciones a favor de la descentralización y el federalismo no tienen precedentes en el mundo. En realidad, en los años recientes se ha profundizado una especie de esquizofrenia institucional, por el cisma que cada vez se profundiza más entre la normas constitucionales y la realidad. En el tema que nos ocupa, esta situación se ha traducido en que el principio de la subsidiariedad opera al revés: se asigna a los Estados únicamente las competencias que por diversas razones el Poder Nacional no puede administrar.

Pero además, la actuación del Poder Ejecutivo Nacional ha sido coincidente con la de la Asamblea Nacional. El Ejecutivo ha asumido un conjunto de programas para ejecutarlos a través de órganos nacionales -a menudo de carácter militar- en áreas que pertenecen al ámbito de los Estados y de los Municipios, en abierto desacato al principio de la subsidiariedad y a las declaraciones constitucionales a favor de la descentralización y a la letra misma del texto constitucional. En esas condiciones, podemos decir que desde que se formula el principio de solidaridad en la Constitución, el Poder Nacional ha sido menos solidario con los Estados y Municipios que en cualquier época anterior.

2. Las infracciones al principio de cooperación

Como hemos visto, en el sistema político-administrativo venezolano actual la tendencia del Poder Nacional es hacia la regulación de las relaciones interterritoriales con fundamento en los conceptos de supra y subordinación, e incluso de concurrencia (competencia), en detrimento de las relaciones de comunión (común unión) y de cooperación, y ello se manifiesta en diversas formas:

El órgano fundamental de diálogo y concertación entre los diversos niveles territoriales del Poder Público es el Consejo Federal de Gobierno, pero la previsión constitucional al respecto no se ha desarrollado. Como no se ha dictado la Ley sobre el Consejo Federal de Gobierno contemplada en la Constitución (art. 185), no se sabe cuántos son los representantes de la sociedad civil que deben participar en sus deliberaciones ni cuál es la forma de su elección; por ello, este organismo no se ha reunido hasta el presente. Esto trae dos consecuencias inmediatas:

Por una parte, como compete a este órgano "la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias", dicho proceso se encuentra paralizado. A pesar de que la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación

y Transferencia de Competencias del Poder Público no ha sido expresamente derogada, los mecanismos de transferencia que en ella se regulan resultan inaplicables, porque los programas de transferencia deben ser aprobados por el Senado y éste órgano no existe. Tampoco se ha dictado ninguna ley que desarrolle la previsión del artículo 157 de la Constitución sobre atribución a los Estados y Municipios de materias de la competencia nacional ni se han continuado los procesos de transferencia iniciados desde 1990. En materia de servicios de salud, que era la transferencia más adelantada, restaba por cancelar las indemnizaciones laborales a los trabajadores que dejaban de ser funcionarios nacionales para pasar a ser estadales, pero ese pago no se ha hecho desde hace más de una década, y no existe previsión alguna al respecto. Por ello, los servicios de salud continúan siendo nacionales, excepto los que pueden financiar los Estados o el Distrito Metropolitano de Caracas con recursos propios.

Por otra parte, el Fondo de Compensación Interterritorial, que debería depender del mismo Consejo Federal de Gobierno según el artículo 185 de la Constitución, tampoco ha sido creado, y la existencia de este organismo es fundamental para que pueda instrumentarse una efectiva solidaridad interterritorial, en beneficio de los habitantes de las zonas de menor desarrollo relativo. Tampoco se han creado ninguno de los fondos específicos previstos en la Constitución para asegurar "la solidaridad interterritorial" (art. 156.13).

Al inicio del proceso constituyente, el Presidente de la República consignó el documento a que antes nos referimos llamado *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de Venezuela*, en el cual proponía que se asignara a los Estados "La organización, recaudación, control y administración de los tributos correspondientes a: cigarrillos, licores, gasolina, impuestos específicos al consumo, así como de aquellos no reservados por la Constitución al Poder Nacional ni a los Municipios". En el proceso constituyente ninguna de estas promesas se cumplió y en algunos aspectos los Estados quedaron en una situación menos favorecida que la que antes tenían: de un lado, se les privó del poder de establecer tributos sobre los minerales no metálicos y las piedras no preciosas que les había concedido la Ley Orgánica de Descentralización; del otro, el poder residual en materia tributaria, conforme al cual los Estados podían crear los tributos que no estuvieran asignados al Poder Nacional ni a los Municipios, fue atribuido al Poder Nacional.

Algunos miembros de la Asamblea Nacional Constituyente mostraron su preocupación por la circunstancia de que se proclamaba el federalismo descentralizado como forma de Estado y la descentralización como política nacional, pero al mismo tiempo no sólo se incumplían las promesas de

descentralización y transferencia de recursos, sino que se disminuían las posibilidades financieras de los Estados,[14] lo que se traducía, entre otros aspectos, en que el Situado Constitucional, que antes era el 20% de los ingresos ordinarios del Presupuesto nacional como mínimo, pasó a ser un porcentaje máximo. Ante esta situación, se acordó en la Asamblea Nacional Constituyente que por ley se harían transferencias tributarias a los Estados, "para promover la Hacienda Pública estadal" (art. 167.5), y que esa ley sería dictada en el plazo máximo de un año, contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional (Disposición Transitoria Cuarta, numeral 6) . En la actualidad, transcurridos más de dos años del vencimiento del plazo estipulado, tal obligación constitucional no se ha cumplido.

En otro orden de ideas, la Constitución consagra que la Asamblea Nacional debe consultar a las entidades federales cuando se vayan a discutir leyes que los afectan. En la práctica, como la mayor parte de las leyes han sido promulgadas por el Presidente de la República mediante decretos leyes, dictados en ejercicio de facultades que le han sido delegadas por el órgano legislativo mediante leyes habilitantes, en el Ejecutivo Nacional ha privado el criterio de que en esos casos la consulta a los Estados no es obligatoria, por lo que no se ha realizado.

La existencia de un espíritu de colaboración entre los diversos niveles del Poder Público se ha visto impedida, además, por un conjunto de conflictos entre el Poder Nacional y los Estados y el Poder Nacional y los Municipios, algunos de los cuales son:

a. La ausencia de solidaridad del Ejecutivo Nacional con los Estados se ha expresado en retardos en entregar a éstos, o a algunos de ellos, los recursos que les corresponden por la Constitución y la ley, y ello ha dado lugar a acciones judiciales y a reclamos parlamentarios como los siguientes:

- El 6 de febrero de 2003, el Gobernador del Estado Carabobo interpuso ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo acción de carencia o abstención, conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada por "el incumplimiento por parte del Ejecutivo Nacional de la obligación contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que obliga a remitir el Situado Constitucional a las Gobernaciones por dozavos, dentro de los primeros siete (7) días de cada mes". La Corte declaró procedente la medida cautelar y ordenó a

14. Véase el *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, sesión del 13/11/99, p. 58.

los titulares de la Dirección de Desarrollo Regional del Ministerio de Interior y Justicia y a la Tesorería Nacional que "inmediatamente y en tiempo perentorio, realicen todo lo conducente a los fines de transferir efectivamente los recursos que por situado constitucional, al 31 de diciembre de 2002, se le adeuda al Estado Carabobo, así como la emisión de la orden de pago a favor del Estado Carabobo".

- El Gobernador del Estado Yaracuy interpuso una acción similar en la misma Corte, el 13 de febrero del mismo año, y el órgano judicial dictó idénticas providencias.

- En la sesión de la Asamblea Nacional del 21 de octubre de 2003, el diputado Alejandro Arzola denunció que "1.5 billones de bolívares se le deben a las regiones por concepto de Ley de Asignaciones Económicas Especiales del 2002, 2003 y específicamente del Fides. No encontramos por ningún lado del Presupuesto los 1.3 billones de bolívares que le deben a la provincia venezolana por concepto del FIEM".

- En la misma sesión de la Asamblea Nacional, en la que se aprobó en primera discusión el proyecto de Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal del 2004, un conjunto de diputados denunció que en dicho proyecto se califica como ingresos extraordinarios los recibidos por el Tesoro Nacional por concepto de utilidades del Banco Central de Venezuela, por un monto de 1,5 billones de bolívares; que como tal ramo de ingresos debe ser considerado ordinario conforme a lo dispuesto en el artículo 7, numeral 5 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, y así ha sido clasificado por la Oficina Nacional de Presupuesto en el Plan Único de Cuentas vigente y en los anteriores, le corresponden a los Estados -y de éstos a los Municipios- un 20% de esa cifra por concepto de Situado Constitucional. Ello significa que en el Presupuesto del año próximo se le está escamoteando a los Estados y Municipios la suma de 300 millardos de bolívares en el Presupuesto de 2004, en forma similar a como se había hecho en el presupuesto aprobado el año anterior, en el que tales utilidades se estimaban en 1,3 billones de bolívares.

b. Demostrativo de la falta de solidaridad del Ejecutivo Nacional con un organismo creado por la Asamblea Nacional Constituyente, el Distrito Metropolitano de Caracas, fue la ocupación (toma) de la Policía Metropolitana de Caracas y la sustracción de su armamento más importante y de los equipos adscritos al Cuerpo, por parte de funcionarios del Ministerio del Interior y Justicia, lo que ocurrió el 16 de noviembre de 2002. En su sentencia del 19 de diciembre

siguiente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ordenó el cese a la intervención del organismo policial y la devolución de su armamento. Ante la contumacia del Ejecutivo Nacional a cumplir esta sentencia, el fecha 6 de octubre de 2003, la Sala Constitucional, con el propósito de ejecutar forzosamente el fallo antes mencionado, ordenó al Ministerio de la Defensa "el retiro de los efectivos militares que continúan aún en las instalaciones de la Policía Metropolitana de Caracas. Ello dado que expiró el plazo de quince (15) días hábiles otorgado por el Consejo de Seguridad Ciudadana en sesión del 8 de enero del 2003, para la permanencia de efectivos militares en dichas instalaciones... "El plazo para que se produzca el retiro de los funcionarios militares será de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la publicación del presente fallo". Esta decisión judicial fue cumplida por el Ejecutivo Nacional con algunas horas de retardo, pero el armamento de la Policía Metropolitana permanece en manos militares, contra lo estatuido por la Sala Constitucional. El fundamento alegado para la intervención a que nos referimos fue la aplicación del concepto de "coordinación", al que se ha acudido para intentar someter un organismo autónomo a una relación de subordinación del Poder Nacional. En la sentencia antes citada del 19 de diciembre, la Sala Constitucional determinó que la coordinación formal consiste en "la búsqueda de acuerdos consentidos o *autocoordinación*" y que "la coordinación no anula la voluntad del coordinado, conservando éste su amplia discrecionalidad".

IV. REFLEXIONES FINALES

Expuestos los hechos anteriores, que no son más que ejemplos aislados de situaciones que caracterizan el desenvolvimiento de las relaciones entre el Poder Nacional y los entes territoriales menores que conforman el federalismo venezolano, a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, hemos considerado oportuno formular algunas consideraciones sobre la vigencia de los principios constitucionales a que nos hemos referido.

1. Entendida la solidaridad como un compromiso entre personas e instituciones para afrontar como un bloque situaciones que afectan al conjunto, y para acometer conjuntamente acciones para el mejoramiento de todos, es evidente que en el estado actual del sector público venezolano no hay disposición para actuar en la forma prescrita por la Constitución. La ruptura de los nexos de solidaridad entre los entes territoriales se deriva de la actuación o de la omisión, según el caso, del Poder Nacional, el que por su importancia, por los recursos de que dispone y por imperativo constitucional, está más obligado a buscar entendimientos entre los organismos públicos, para el logro de los fines del Estado. En su lugar, se observa que, por razones político partidistas, el

Ejecutivo Nacional ha emprendido una política de discriminación hacia las Gobernaciones o Alcaldías que no son afectas al proceso, lo que se traduce a menudo en negarles los recursos que les corresponden según la Constitución o la ley. Anticipándose a esta situación, en la Constitución se establece una regulación sobre el fondo de estabilización macroeconómica en la que se advierte que "las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, equidad y no discriminación entre las entidades públicas que aportan recursos al mismo" (art. 321).

2. El federalismo venezolano, que según la ley fundamental se rige por el principio de colaboración entre los niveles del Poder Público, está cada vez más distante de ser un "federalismo cooperativo". La ausencia de disposición del Poder Nacional a dictar la legislación que permita el funcionamiento del Consejo Federal de Gobierno, ha vaciado de contenido las manifestaciones de intención consignadas en la Exposición de Motivos de la Constitución, donde se expresó que:

> "Como órgano constitucional de carácter interterritorial se crea el Consejo Federal de Gobierno, reflejo en el plano de la organización del Estado de los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y responsabilidad, sancionado en el Título I de la Constitución relativo a los Principios Fundamentales. Es pues, un órgano producto de la fase más avanzada del federalismo, el federalismo cooperativo..."

3. La falta de aplicación de los principios de solidaridad interterritorial, de cooperación y de subsidiaridad, ha impedido que se produzca una acción conjunta de los organismos del Poder Público para erradicar las zonas de atraso económico, social y cultural, donde los seres humanos carecen de acceso a la educación, a la salud y a la igualdad de oportunidades.

4. Desde un punto de vista jurídico se plantea la cuestión de si la vigencia de los principios consagrados en el texto constitucionalmente son susceptibles de ser exigidos en vía judicial. En mi criterio sí lo son. Según la Ley Fundamental que nos rige, "Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución" (art. 334). En particular, el Constituyente asigna a la Sala Constitucional la función superior de velar por la vigencia y aplicación de nuestra Ley Fundamental (arts. 335 y 336). Pero además, en los Estados modernos los principios constitucionales no son simples manifestaciones de intención que se aplican si buenamente es posible, y en caso contrario no pasa nada. En este sentido, entre nosotros se ha

admitido la tesis que considera que "la Constitución no es una mera norma programática, sino que se trata de una norma jurídica, con carácter superior y de aplicación directa".[15] Si ese no fuera el caso, seguiríamos en el siglo XXI en la misma situación que Vargas Llosa describía con relación a las dos centurias anteriores:

> "Enfrascarse en estas constituciones que, en la historia de Hispanoamérica, se suceden como las bengalas de un fuego de artificio, es pasear por la irrealidad, entrar en contacto con un curioso híbrido: lo imaginario-forense, lo poético-legal".[16]

15. Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A., "Estudio preliminar" en *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 38.

16. Mario Vargas Llosa: "América Latina y la opción liberal" en Barry B. Levine (compilador): *El desafío neoliberal*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1992, p. 20.

APUNTES JURIDICOS SOBRE ORDENACION DEL TERRITORIO Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA VENEZUELA CONTEMPORANEA*.

POR ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA**

INTRODUCCION

Plantearse el tema de la Ordenación del Territorio y su potencialidad como instrumento válido y eficaz a los fines de alcanzar un desarrollo sostenible en la realidad venezolana de este momento, comporta necesariamente, en nuestro criterio, la revisión de algunos elementos de carácter conceptual, referidos a los criterios fundamentales de la noción misma de Ordenación del Territorio.

Pero esta advertencia preliminar obedece, no tanto a posibles razones de orden metodológico o formal en la exposición del tema, como a la significativa valoración que este aspecto de la cuestión ha jugado en la construcción de la experiencia concreta que se ha seleccionado como objeto de análisis, particularmente por lo que tiene que ver con las expresiones de la gestión pública que en estos asuntos registra el país a lo largo de las últimas cuatro décadas.

Desde una perspectiva exclusivamente teórica se puede afirmar, sin temor a equivocación, que han sido diversas y variadas las aproximaciones conceptuales que se han ofrecido respecto de la noción de Ordenación del Territorio.

---

*. El texto que sirvió de base al presente trabajo se presentó como Ponencia en el Seminario Iberoamericano sobre "La Ordenación del Territorio como instrumento para el desarrollo sostenible". Valladolid, España, marzo 2003.

**. Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo UCV.

Así, encontramos que la expresión se ha empleado para hacer referencia a la política económica que pretende poner en relación de correspondencia la variable relativa a la población regional o local y sus actividades, con las posibilidades y necesidades económicas de cada región, de cada componente poblacional; en otros casos, se ha definido como la proyección geográfica de la sociedad del futuro[1]; para otros, en fin, se ha entendido como el desarrollo armonioso de las regiones en función de sus respectivas y propias *vocaciones*.

En líneas generales, todos estos planteamientos apuntan a la consideración de los asuntos relativos a la urbanización, a los asentamientos humanos y la existencia de áreas económicamente retrasadas o deprimidas, y se expresan en términos de objetivos relacionados con la distribución del ingreso, la incorporación estable de tecnologías de avanzada, el crecimiento económico y el empleo.

No obstante, la noción suele presentarse también, asociada con objetivos relacionados con propósitos de defensa, tales como la ocupación de zonas o espacios fronterizos, con la finalidad de crear o estimular el nacionalismo o la conciencia nacional, a través de la protección de la soberanía por intermedio de la expresión física, de la presencia poblacional, de la territorialidad.

Evidentemente menos claros, aunque también presentes y difundidos, son los planteamientos que se expresan en términos tales como la búsqueda de un *crecimiento balanceado o armonizado del territorio*, de una *adecuada distribución de la población en función de los recursos naturales y su localización,* o la identificación o descubrimiento de *áreas con vocación para el crecimiento*, e incluso, el *control y ordenación de los recursos naturales*, aportando de este modo, un elenco de manifestaciones en las cuales, los territorios, los espacios geográficos, las regiones o los recursos naturales, se expresan como el objeto central de las decisiones y actuaciones públicas, llegando a sustituir a las agrupaciones humanas en la posición de objeto de atención, y hasta en la posición de receptores en la aplicación de principios y valores tales como "equidad" o "justicia".

Ahora bien, cualquiera sea el valor que puedan tener los planteamientos que se ubican detrás de las expresiones indicadas, es lo cierto que, en la esencia del contenido de la noción subyace como componente de mayor solidez, una referencia constante a la existencia de los asentamientos humanos y su evolución, dentro de un espacio físico acotado -y de allí el apropiado empleo del término *"territorio"*-, asociados a la oportunidad en que se presentan cambios significativos en la economía, o cuando el proceso económico se pone en marcha.

---

1. Pierre Massé: " Le Plan ou l'antihasard". Gallimard. París, 1965

En otras palabras, la noción de Ordenación del Territorio se vincula con las situaciones que afectan el establecimiento y funcionamiento de las agrupaciones humanas en el territorio, cuando la sociedad abandona el estancamiento o de algún modo se inserta en un proceso de dinamismo o desarrollo económico.

Esta vinculación (asentamiento-actividades-desarrollo), o mejor dicho, los efectos o expresiones que la dinámica de los asentamientos humanos produce, en razón del desarrollo económico y su influencia en las demandas de la Sociedad, por exigencias de servicios y espacios para la realización de diversas actividades en grados de intensidad y en magnitudes de extensión desconocidos o sensiblemente superiores a los que se hacían presentes en etapas de estancamiento o atraso de la economía, es el objeto al cual puede aplicarse de manera mas eficiente la noción.

De este modo se observa como la evolución de las agrupaciones humanas en el territorio conduce al surgimiento de nuevos tipos o formas de agrupación y a la intensificación progresiva y sostenida en el acceso y la utilización de ciertas áreas del territorio en mayores intensidades o con una diversidad creciente en cuanto a categorías de actividades, así como el incremento acelerado de los movimientos poblacionales en el espacio geográfico, de manera más natural, pero al mismo tiempo, en forma mucho más vigorosa, extensa y diversificada que la que se registra en etapas anteriores.

Esas implicaciones originan, a su vez, la intervención ordenadora, acondicionadora y preventiva-, de la misma Sociedad, por intermedio de sus instrumentos más acabados, en cuanto a forma de organización social: sus instituciones públicas, todo lo cual, en definitiva, se viene a identificar como Ordenación del Territorio.

Sin embargo, todo lo que venimos diciendo hasta el momento, nos invita a precisar, aún cuando sea de manera preliminar, que el empleo de la expresión *Ordenación del Territorio* constituye, en su esencia semántica, una simplificación. Una cápsula conceptual que encierra mucho más de lo que aporta el significado directo o literal de las palabras que lo integran ya que lo cierto es que el territorio, el espacio geográfico, el espacio físico, *no es objeto de ordenación.*

En realidad, se *ordenan* las actividades humanas y sus diversas expresiones, entre las cuales destacan a los fines del tema que ahora nos ocupa, las localizaciones y sus intensidades, con el objeto de lograr mayor eficiencia en el desarrollo y funcionamiento del quehacer social, con la finalidad de reducir

o eliminar la producción de efectos o impactos negativos o perjudiciales, para lograr así la posibilidad real de un proceso de desarrollo sostenible, en beneficio de la colectividad.

En síntesis, la expresión alude a una nueva perspectiva y forma de manifestarse la presencia de las instituciones públicas, vale decir, de la Sociedad organizada, como respuesta a las características que exterioriza el fenómeno de los asentamientos humanos y las actividades de la población en el sistema de vida actual, marcado por la instalación definitiva e irreversible del patrón de urbanización y metropolitanización, con las consecuencias que ello produce en la dinámica social y en el desenvolvimiento económico y social de las comunidades.

En este punto de la reflexión, es importante recordar que el proceso de metropolitanización dentro del fenómeno general de los asentamientos humanos, va más allá de la simple forma de distribución de la población urbana, mediante la ocupación de grandes urbes o sistemas metropolitanos de ciudades.

Lo cierto es, que el fenómeno de la metropolitanización comporta, igualmente, un profundo cambio en el patrón de comportamiento de la población general, marcado por la multiplicación significativa de los tipos de actividades y el acento en la separación y especialización de las mismas, mediante un crecimiento significativo del empleo en los sectores secundario y terciario de la economía, cuyas actividades abarcan progresiva y sostenidamente un mayor volumen de la población total, tanto en calidad de fuerza de trabajo producción, como en su condición de usuarios, beneficiarios, o en definitiva destinatarios.

En su singular y ya clásico ensayo sobre "La Metrópoli Moderna", Hans Blumenfeld lo expresa en forma contundentemente directa y sencilla: "...Las funciones originales de los campesinos -es decir, ocuparse de la producción de su propia fuerza motriz (bestias de labor), combustible (heno, avena, leña), herramientas, materiales de construcción y artículos de consumo- se han convertido en especializaciones de la industria secundaria, la cual provee a esos campesinos de tractores, gasolina y demás artículos necesarios para el desarrollo de sus actividades..."[2]

Paralelamente, la especialización de las tareas permite disponer de mayor tiempo para que la población pueda desplegar actividades complementarias, que contribuyen a su vez, a potenciar el desarrollo social, tal como sucede con las actividades culturales, la educación o el ocio. De su parte, los efectos directos

2. En: La Ciudad. Scientific American. Alianza Editorial. 2a ed. Madrid, 1.969

e indirectos del desarrollo industrial y urbano sobre la productividad agrícola hacen que disminuya el rango de población ocupada en esas actividades, que buscan incorporarse en los sectores secundario y terciario de la economía, que encuentran los mayores niveles de ocupación en el medio urbano.

Unido a ello, suele producirse una elevación significativa en los niveles de movilidad física y social de la población, en virtud de las transformaciones ocurridas, lo que se manifiesta, entre otros aspectos, en mayores desplazamientos y diversificación de los asentamientos, apoyados directamente en el mejoramiento tecnológico de las condiciones que ofrecen los transportes y las comunicaciones, al igual que en la ampliación de las ventajas de los servicios de toda índole, incluso los de carácter financiero y cultural.

Por todo ello, la técnica y los criterios o políticas de intervención pública que identificamos bajo la noción de Ordenación del Territorio, solo aparece y es factible, a partir de un cierto nivel o umbral de complejidad que alcanzan las actividades de la población asentada, y que se expresa en el grado de urbanización y movilidad de la población, lo que comporta no solo la *posibilidad*, sino la *necesidad* de conocer el fenómeno y actuar frente a las particularidades del mismo mediante tales técnicas o criterios.

La Ordenación del Territorio viene a ser, entonces, un nuevo concepto dentro de la noción de administración pública, inspirado en criterios de gerencia moderna, que permite enfrentar las responsabilidades indeclinables del sector público en una sociedad con un cierto rango de complejidad y desarrollo, a través de la aplicación de modalidades de regulación, de decisión, de gestión y de actuación, estratégicamente incardinadas por medio de la técnica de la planificación, dispuesto para producir mayores beneficios a la sociedad, por medio de las ventajas que ofrece el patrón de asentamientos humanos y el complejo de actividades que la población realiza sobre el territorio.

Así, no nos queda la menor duda en cuanto a que la mayor eficiencia en la organización u ordenación de las actividades y su localización espacial, rinde evidentemente efectos positivos, que se traducen primeramente, en elevados niveles de sostenibilidad:

- *en la economía*, al hacer más eficientes las inversiones en general y en particular las vinculadas con la construcción y el mercado inmobiliario, los sitios de trabajo, los transportes, las comunicaciones, etc.;

- *en la salud de la población*, al permitir mejores condiciones de asistencia, elevar los niveles de salubridad en los asentamientos y con

ello, mejorar las condiciones ambientales, reduciendo los factores contaminantes y la morbilidad en general;

- *en la educación*, al permitir mejores condiciones de acceso a los centros educativos propios de los distintos niveles de enseñanza, así como incrementar las posibilidades de formación de la población general, mediante el mejoramiento de los medios de comunicación a través de la incorporación de tecnologías de punta para el servicio colectivo de manera masiva;

- *en la cultura y el desarrollo espiritual de la población*, al ofrecer mayor número de canales cada vez más eficientes para la difusión de la producción intelectual o cultural de los pueblos, así como de las manifestaciones anímicas o espirituales y el estímulo a la sensibilidad, aunado a la mayor disponibilidad de tiempo libre para la dedicación a tales temas;

- *en el ocio y la diversión*, como un valor trascendente en el sistema de vida contemporáneo, al provocar condiciones favorables para la movilización a diversas opciones de destino, en períodos breves de tiempo, lo que redunda favorablemente no solo en las condiciones de la persona singularmente considerada, sino en la familia, como núcleo esencial de la comunidad;

- *en la preservación, protección y producción de niveles ambientales adecuados,* al permitir mejores condiciones de concentración, localización, selección y control de actividades, aprovechando los efectos positivos de las mismas, y en cuanto al mayor conocimiento de los factores ambientales, así como en la aplicación de los avances tecnológicos a los aspectos de protección y preservación ambiental en beneficio del hombre.

- *en las pequeñas comunidades,* en fin, al permitir una visión integral y no fragmentada de los procesos de asentamientos humanos, incorporando su vinculación con el medio ambiente, con lo cual se potencia la posibilidad de actuar integralmente en las comunidades locales de cualquier jerarquía y tamaño, privilegiando así sus interrelaciones a efectos de provocar el desarrollo sostenible en función de las economías de escala que ofrece la metropolitanización.

Por todo ello, siendo la Ordenación del Territorio una modalidad de expresión de la administración pública, propia del campo de las modernas técnicas de gerencia, podemos decir que se trata de una manifestación que puede ser ejercitada en mayor o menor intensidad y con las variantes que

procedan, por los diferentes centros político-territoriales de decisión pública, en función de las responsabilidades que éstos tengan atribuidas, de acuerdo al cuadro resultante de la forma de Estado, del modelo de articulación territorial del poder público.

Tratándose de problemas que envuelven relacionas entre el crecimiento económico, la urbanización, la calidad ambiental y el cambio social, es conveniente y necesario tener presente, en el momento de considerar la realidad de cualquier experiencia concreta que se someta a análisis, los conocimientos que proporcionan las teorías sobre crecimiento económico y los avances en el campo de la economía regional y urbana; en definitiva, es imprescindible tomar en consideración los aportes científicos en cuanto a como el crecimiento económico se difunde o se "filtra" en el territorio y cuales son sus consecuencias.

Claro está, que no es éste el único factor a considerar en el estudio de un caso concreto, también juegan papel importante en una evaluación de ese corte, las características específicas del caso en cuanto al entorno social y político presente, así como las condiciones ambientales del medio decisional público, sobre todo por lo que respecta a la concepción que se tenga sobre los asuntos asociados con la materia.

Partiendo de lo antes dicho, pasamos a abordar el análisis del caso venezolano en lo que respecta a la Ordenación del Territorio como instrumento para el desarrollo sostenible.

Para el cumplimiento de esa tarea, estimamos adecuado presentar la experiencia concreta del caso venezolano, a través de la revisión inicial y en breve formato, de la evolución que ha experimentado el proceso de urbanización, abordando seguidamente los aspectos que aportan las decisiones y políticas públicas más destacadas, los cambios o adaptaciones institucionales y los aspectos jurídicos que han servido de expresión formal, con particular referencia a los instrumentos normativos dictados en diversos momentos y los que están en proceso de producción, en cuanto a la filosofía que los ha inspirado y la eficiencia que han tenido sobre la realidad objeto de intervención, todo ello, dentro del período temporal que marca la segunda mitad del pasado siglo, por ser esta la etapa en la cual el tema cobra valor relevante y tiene verdadera vigencia en el medio venezolano.

En particular pondremos atención a las concepciones vinculadas al predominio de lo ecológico, al manejo de los recursos naturales, como idea fuerza que inspira la noción de Ordenación del Territorio, planteadas además, como contraposición a las concepciones relativas al proceso de urbanización y sus manifestaciones.

I. EL CASO VENEZOLANO

1. UNA BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE URBANIZACIÓN

Venezuela es, sin lugar a dudas, un claro ejemplo de transformación en la estructura de la sociedad, en breve plazo y lo que es más importante, sin violencia. Nuestro rápido avance hacia la constitución de un país urbanizado lo muestran claramente las cifras referenciales de los censos de población correspondientes a los años 1950, 1961 y 1971, en los cuales, la población clasificada por su localización en áreas urbanas o áreas intermedias y rurales, literalmente se invierte en el período marcado por las tres décadas mencionadas.

Así, en 1950 aparece un 48% de población urbana, contra un 52% en áreas intermedias y rurales. Para 1961, la proporción se ubica en 62.52% en áreas urbanas y 37.48% en áreas intermedias y rurales, y finalmente, en 1971, la relación se ubica en rangos de 75.45% en áreas urbanas y 24,55% en áreas intermedias y rurales.

Al analizar el proceso de urbanización en Venezuela, a partir de 1936, el Profesor Víctor Fossi nos indica que:

> " En menos de 25 años la población de Venezuela pasó a ser predominantemente urbana y, en menos de 35, la población que reside en centros de 20.000 o más habitantes pasó a ser superior al 50 por ciento de la población nacional. El resultado de ese proceso de urbanización ha sido la conformación de un sistema de ciudades de mas de 20.000 habitantes, cuyo numero se acercaba al centenar en 1990, y que albergan mas de las tres cuartas partes de la población nacional y, desde luego, la casi totalidad de las actividades sociales y económicas. Este sistema de ciudades se estructuró básicamente sobre el anterior patrón de ciudades y pequeños centros poblados existentes desde la época colonial.."[3]

De mayor significación como indicador de la dinámica que presenta nuestro proceso de urbanización son tal vez las cifras relativas a la formación de ciudades mayores de cincuenta mil (50.000) habitantes, que para 1950 alojaban el 27,04% de la población total del país, para 1960, la proporción subió a 39.98%, y en las cifras del Censo de 1971, se ubicó en el 52.25% de la población total, habitando en ciudades por encima de este rango.

---

3. Victor Fossi: "El Proceso de Urbanización en Venezuela", en El Habitat del venezolano. Ed. ALEMO. Caracas, 1999. Pag.12

En el trabajo más reciente sobre el tema, y a pesar de la carencia de cifras oficiales derivadas del último Censo de población (correspondiente al año 2000), el Profesor Marco Negrón reseña y evidencia de manera contundente la consolidación de la tendencia antes indicada, que se ubica en la actualidad en proporciones que alcanzan casi el 90% de población habitando en áreas urbanas, y junto a ello, el sólido establecimiento de un patrón definido de Áreas Metropolitanas, como estructura estable del sistema de asentamientos humanos en el territorio, destacando los efectos de tal estructura de localización poblacional en la modernización de la sociedad venezolana[4].

A los efectos de ilustrar la comprensión cabal del escenario al cual hacemos referencia en este momento, es oportuno recordar que el territorio venezolano alcanza al millón de kilómetros cuadrados (1.000.000 Km2), con una población que bordea los 24 millones de habitantes.

De su parte, las cifras estadísticas que arroja el mismo período, relacionadas con los niveles de salud, acceso a la educación, niveles de empleo, e ingreso per cápita, permiten concluir, sin mayor dificultad en la presencia de un proceso de urbanización que formó parte de una dinámica general de desarrollo económico y social, que se tradujo en definitiva, en una transformación o modernización integral del país.

Ya para finales de la década de los 70 tuvimos la oportunidad de poner de manifiesto las características del fenómeno de urbanización en el caso venezolano, y nuestro diagnóstico, basado en los indicadores disponibles para el momento, que registraban, en lo económico, una elevación del ingreso per cápita de 1.720 dólares americanos en 1.950, a 4.220 dólares americanos en 1.971, es decir, que se multiplicó por tres, en el periodo de treinta (30) años; en educación, el porcentaje de analfabetismo en mayores de 15 años pasó del 57% en 1941, a menos de la mitad (25,6%) en 1.971; en salud, la tasa de mortalidad se redujo del 15,8% en 1.941, al 6,6% en 1.971.[5]

Precisamente, en esa oportunidad señalábamos que: "...Los problemas que derivan de este proceso pueden, por tanto, considerarse como asuntos propios de un enfoque de ordenación del territorio, tanto por su naturaleza, como por su magnitud. En este sentido, podemos decir, que

4. Marco Negrón: "Ciudad y Modernidad. El rol del sistema de ciudades en la modernización de Venezuela 1936-2000". Ed. Instituto de Urbanismo. Universidad Central de Venezuela. Caracas 2001.

5. Armando Rodríguez García, "Proceso Urbano y Municipio". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1.978, pags 82 y stes.

el Estado no ha sido ajeno al fenómeno, aunque su presencia no deriva de una consciencia precisa del mismo, ni su intervención se basa en una visión moderna de su unidad..."[6], opinión esta que no constituyó una posición aislada sobre el asunto en cuestión.

Es amplio y diverso el producto que ofrece el registro de trabajos científicos, apoyados muchos de ellos, en investigaciones estadísticas exhaustivas, que en la época abordaron el estudio del proceso de urbanización y transformación económica y social en Venezuela, tanto desde una perspectiva global, como desde el enfoque resultante de la evaluación de experiencias concretas (ej. el caso de Ciudad Guayana, como aplicación práctica de la técnica de nuevas ciudades), o aproximaciones de corte parcial, sectorial o especializado (planificación económica o física, aspectos jurídicos, aspectos institucionales, aspectos políticos, aspectos sociológicos o demográficos, etc.).

También se destaca la publicación de los resultados de trabajos de investigación dispuestos específicamente para conocer y evaluar el fenómeno[7], algunos de los cuales tenían como objetivo final, servir de fundamento para la producción de decisiones públicas, de acciones de gobierno.

En este último supuesto se ubican, por ejemplo, "Urbanization and Economic Growth in Venezuela", (UCLA, Berkeley, 1970) de Roland Artle; "Fenómeno de Urbanización en Venezuela" (1968) y "Urbanización en Venezuela" (1971) de Friedman; :Venezuela, un análisis de los cambios geográficos en la participación industrial 1941-1961", de José Ramón Lassuen "Desarrollo Regional-Urbano y Ordenamiento del Territorio: Mito y realidad" (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas), Chi-Yi Chen y otros; Proyecto "Ven-11. Urbanización en Venezuela", realizado por la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República (Cordiplan), con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas, con la participación de un conjunto de importantes especialistas, dentro de los cuales se contó con la significativa colaboración del Profesor Ramón Martín Mateo, en calidad de experto internacional, y que generó un trabajo de singular valor sobre el tema:

---

6. Armando Rodríguez García, op. cit., pag.83.
7. Entre otros, se encuentran Magdalena Salomón de Padrón: "Aspectos Jurídicos de la Ordenación del Territorio", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.977; "Marco de referencia del Desarrollo Urbano en Venezuela" de Fernando Travieso y Alberto Urdaneta; "Proceso Histórico del Desarrollo Urbano en Venezuela", de Sonia Barrios y Fernando Gonzalo; "El Desarrollo Industrial en Función del Desarrollo Urbano en Venezuela" de Werner Corrales y Jorge Giordani, todos estos en Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación Nº 84-86. Caracas 1971.

"Ordenación del Territorio. El Sistema Institucional", publicado por la Editorial Jurídica Venezolana en 1.980, al cual habremos de referirnos con más detalle en algunos de los párrafos que pasamos a consignar seguidamente.

En síntesis, el conjunto de datos referidos, que constituye solo una muestra superficial y breve de la producción científica sobre la materia, conduce a considerar el caso venezolano, como un supuesto de proceso urbanización y desarrollo económico, adecuado para la aplicación de criterios de Ordenación del Territorio, lo que nos permite instalar esa experiencia, acotada como hemos dicho antes, dentro de un contexto temporal definido por la segunda mitad del siglo XX, como el punto de partida para la revisión crítica sobre las expresiones que en el campo de las decisiones de políticas públicas se registran, en cuanto a la producción normativa y los cambios institucionales, así como en lo que atañe al ejercicio de acciones administrativas o de gerencia pública y sus efectos, a los fines de observar y evaluar su presencia, orientación, alcance y efectos, dentro del escenario previamente indicado.

2. Las decisiones normativas y los cambios institucionales

En el campo de las regulaciones jurídicas tanto sustantiva como adjetivas, así como en cuanto a los cambios institucionales vinculados directa o indirectamente con el asunto de la Ordenación del Territorio, se registran tendencias que apuntan decididamente hacia la modernización del aparato público, aunque también se observan decisiones que se contraponen abiertamente con tales tendencias, mostrando de esta manera, una suerte de paradoja de contradicciones que conduce al resultado de incertidumbre y atraso injustificado que vive el país en general en los actuales momentos, y que se refleja de manera decisiva en el ámbito de los asuntos que ahora nos ocupan.

Es en este contraste de posiciones conceptuales y en las correspondientes ejecutorias, que se ubica, en nuestro criterio la clave para comprender en su extensión y profundidad, las particularidades del caso venezolano.

Comencemos por advertir que el proceso de urbanización que hemos reseñado con anterioridad, y que arroja cifras realmente llamativas en cuanto a la transformación física, económica y social del país, en un muy breve lapso, se produjo sin contar con una plataforma normativa previa y específica para el tema, y con unas estructuras administrativas que prácticamente se reducen a unos pocos órganos y entes de la Administración Pública Nacional, que se fueron adaptando progresivamente a las exigencias planteadas por el proceso en marcha.

Así, para enfrentar el cambio indicado, aparece con una posición protagónica, el Ministerio de Obras Públicas, que data del siglo XIX, construido bajo la antigua concepción administrativa de la ejecución de obras públicas y edificaciones para dependencias públicas, así como obras monumentales, religiosas o de servicios, que para la década de los 50, como producto de las diferentes adaptaciones, tenía a su cargo la responsabilidad pública nacional por tres grandes áreas de actuación como lo son la vialidad, las obras hidráulicas y el planeamiento urbano.

Junto a ello, van apareciendo formas de organización operativa descentralizada, bajo la figura de Institutos Autónomos, con los cuales se emprende tempranamente la respuesta gerencial a las demandas por incorporación de áreas urbanas, renovación urbana, reservas de suelo urbano, vivienda, abastecimiento de agua a poblaciones y saneamiento ambiental, dentro de los cuales destacan el Banco Obrero (posteriormente Instituto Nacional de la Vivienda) y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (posteriormente transformado a la forma de sociedad mercantil bajo la denominación de Hidroven), adscritos ambos al Ministerio de Obras Públicas, lo que garantizaba o al menos apuntaba, a la integridad de estrategias en la materia y a la vinculación directa entre la definición de políticas y la ejecución de acciones.

A partir de los tempranos años 40, se siente decisivamente el papel modernizador del Ministerio de Obras Públicas y sus entes operativos, a través de la construcción y operación de eficientes sistemas de acueducto y drenaje, y tratamiento de aguas servidas en las poblaciones, la construcción de un sistema de vialidad que articula los centros urbanos más importantes, e incorpora el diseño de vías expresas (autopistas) tanto urbanas como interurbanas, con la aplicación de las más avanzadas tecnologías constructivas y manejo de materiales; la realización de programas de urbanización y renovación urbana de alta calidad y eficiencia, que permiten atender satisfactoriamente los primeros efectos de los procesos migratorios rural-urbanos, que marcan etapas iniciales del proceso de urbanización.

Esta estructura organizativa encuentra un cambio significativo en el año 1.976, cuando se deroga el Estatuto Orgánico de Ministerios y se sustituye por una Ley Orgánica de la Administración Central, en la cual desaparece el Ministerio de Obras Públicas, y en su lugar surgen tres Ministerios (Ambiente y Recursos Naturales Renovables; Transporte y Comunicaciones; y Desarrollo Urbano), entre los cuales se distribuyen las competencias de aquel.

Pero también desde el punto de vista organizativo es importante reseñar el empuje que desde 1.978 comienzan a tener los Municipios, a partir del soporte

formal y el impulso político y funcional que les aporta la Ley Orgánica de Régimen Municipal que, aún cuando se dicta con evidente retardo, para desarrollar los principios que sobre la materia estableció la Constitución de 1.961, tiene el efecto de provocar un aire nuevo en las expectativas de los administrados sobre las expresiones prácticas de la gestión pública.

Esta legislación sufre diferentes reformas parciales de menor entidad en los años 1.984 y 1.988, hasta llegar al texto vigente, de 1.989, en el cual se produce la mayor modificación organizativa, mediante la creación de la figura del Alcalde, como órgano ejecutivo local, de elección directa y atribuciones legales propias, distintas del Concejo, con lo cual se acentúa el protagonismo de las entidades locales como centro de decisiones públicas y espacio de gobierno.

En el área de las entidades territoriales, y aún cuando no se trata de una modificación organizativa o estructural en sentido estricto, es importante mencionar la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado (Gaceta Oficial # 4.086 Extraordinario, del 14 de abril de 1989), que instala el sistema de elección directa, universal y secreta de los Gobernadores de Estado, desarrollando igualmente el principio constitucional, mediante la curiosa y excepcional figura de una ley ordinaria que sin embargo, asume rango constitucional, al consagrar un régimen que solo podría ser modificado mediante una enmienda o reforma a la Constitución. En todo caso, lo que más interesa en este momento, es destacar el valor de esta decisión en el apuntalamiento de las entidades territoriales como protagonistas de primer orden en el quehacer público, definiendo pautas definitivas en el esquema de la descentralización política.

Como normativa complementaria, y a los fines de desarrollar la cláusula constitucional de estímulo a la descentralización administrativa hacia los Estados (art. 137, Constitución 1.961), se dicta la Ley Orgánica de Descentralización Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial # 4.153 Extraordinario, de 28 de diciembre de 1.989). Este cuerpo legal, si bien no transfiere competencias a los Estados, en sentido preciso del término (ámbitos de decisión jurídica propia como medida sustantiva de una atribución legal), si abre el campo para transferir a estas entidades territoriales una serie de servicios o actividades manejados directamente por el Gobierno Nacional (ej. puertos, aeropuertos, instalaciones educativas o de salud, vialidad, etc.), lo que coloca a estas entidades en una situación de protagonismo que anteriormente estaba reservada prácticamente a los órganos de la Administración Pública Nacional, ampliando el espacio de contacto y relación con la población. En particular,

esta Ley identifica como una competencia concurrente sujeta a una transferencia progresiva a los Estados, a "*La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional*"(art.4,12).

De esta manera, los cambios legislativos mencionados, contribuyen a dibujar un cuadro de articulación territorial del Poder Público en Venezuela, en el cual se destaca la ampliación mayor o menor, pero en todo caso presente como signo distintivo, de las administraciones estadales y locales, en el manejo de asuntos en los cuales anteriormente no aparecían como órganos de decisión.

Esta perspectiva del tema resulta, sin duda, favorable, en cuanto al efecto de democratización del poder se refiere. No obstante, para el análisis integral de la cuestión, es necesario incorporar el dato relativo a la pérdida de apresto y presencia que simultáneamente se observa en las dependencias de la Administración Nacional es más, en buena medida, la "apertura" hacia la descentralización se explica y justifica, incluso en posiciones oficiales del gobierno, en la ineficiencia de los centros de actuación del Poder Nacional, y no en los valores propios del proceso de descentralización.

De este modo, ante el deterioro aparente o real de una estructura operacional se opta por ensayar un nuevo esquema, abandonando de entrada, la posibilidad de recomponer o repotenciar el aparato existente, aún cuando se vea afianzado con la presencia de otros actores o agentes operacionales mediante la integración de redes de actuación.

3. Las regulaciones sustantivas vigentes

En cuanto a las decisiones normativas de carácter general sobre el tema de la ordenación del territorio y el desarrollo sostenible en el país, destacan, por su relación inmediata con la materia específica, la producción y entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (Gaceta Oficial # 3.238 del 11 de agosto de 1.983) y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (Gaceta Oficial # 33.868 de 16 de diciembre de 1.987), sin perjuicio de otros instrumentos legales que de manera menos directa y sistemática se aplican al asunto.

Así, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio declara en su artículo 1 tener por objeto: "...establecer las disposiciones que regirán el proceso de ordenación del territorio en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la Nación...", y su contenido general está dirigido primordialmente, a establecer una amplia gama de Planes (Plan Nacional

de Ordenación del Territorio, Planes Regionales de Ordenación del Territorio, Planes Sectoriales de Ordenación del Territorio -6 subcategorías, Planes de Ordenación de áreas bajo Régimen de Administración Especial- 25 subcategorías -y Planes de Ordenación Urbanística), configurando igualmente, una estructura de autoridades, procedimientos de aprobación de los planes y controles administrativos, que evidencian un claro corte centralista.

Es oportuno mencionar, que en aquella oportunidad nos pronunciamos por la conveniencia de una Ley para la Ordenación del Territorio basada en una estructura conceptual y una expresión normativa amplia, básica y sencilla, que pusiera el énfasis en fundamentar las actuaciones públicas y estimulara la intervención del Estado como agente del desarrollo sostenible, a través de un amplio elenco de modalidades operativas dispuestas en forma tal que fueran un atractivo para la participación de los ciudadanos, tanto en los procesos de toma de decisiones, como en lo referente a las modalidades de ejecución y los controles y fórmulas de preservación de la legalidad, tomando como eje de la acción pública y el estímulo a la participación de los agentes privados, el sistema de ciudades, el patrón de urbanización y metropolitanización que configura el mapa de los asentamientos humanos del país, de manera de potenciar el desarrollo sostenible hacia la modernidad, el fortalecimiento de las instituciones y el alcance efectivo de mas elevados niveles de vida para la población.[8]

De su parte, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística consagra como su objeto, "...la ordenación del desarrollo urbanístico en todo el territorio nacional con el fin de procurar el crecimiento armónico de los centros poblados..." (art. 1), y luego declara que: "...la planificación urbanística forma parte del proceso de ordenación del territorio..", mencionando cinco (5) categorías de planes urbanísticos: Planes de Ordenación Urbanística, Planes de Desarrollo Urbano Local, Planes Especiales, Planes Particulares (art. 16) y Esquemas de Ordenamiento Sumario (art. 35), que identifica como parte integrante de lo que califica como un "*sistema integrado y jerarquizado de planes*", al cual incorpora algunos de los Planes consagrados y regulados en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, como lo son el Plan Nacional y los Planes Regionales de Ordenación del Territorio (art. 16).

Al respecto, en otro momento pusimos en evidencia la inconsistencia conceptual, normativa y fáctica de tal *sistema* de producción de Planes "en cascada", por efecto de la excepción que el mismo texto de la Ley Orgánica

8. Al respecto véase: Armando Rodríguez García, "Anotaciones sobre las bases para una Legislación en materia de Ordenación del Territorio". Revista Control Fiscal, N° 107. Contraloría General de la República, Caracas 1.982, pp.69 y stes.

consagra de seguidas (artículo 18), al reconocer la procedencia y validez de la producción de planes "*en ausencia de planes de ámbito territorial superior*", con lo cual, el cuerpo legal se ve obligado a someter sus postulados normativos a la razonabilidad lógica y técnica.[9]

Pero además del régimen de planes urbanísticos, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, además de establecer postulados de significativa importancia en lo conceptual y principísta, como sucede con el reconocimiento expreso del urbanismo como una función pública, desarrolla aspectos sustantivos y adjetivos de singular interés y trascendencia para el manejo público y la presencia privada en los asuntos relativos a la cuestión urbana.

Independientemente de las fallas, imprecisiones o deficiencias que se pueden observar en cualquier texto legal, esta Ley Orgánica aporta regulaciones que, sin lugar a dudas han servido para mejorar el arsenal de instrumentos jurídicos con los que pueden actuar, tanto las autoridades, como los particulares, en la preservación de valores urbanísticos, que no son otra cosa, mas que el soporte civilizado de convivencia ciudadana. En tal supuesto aparece, por ejemplo, el llamado "procedimiento para la defensa de la zonificación", regulado en los artículos 102 y 103 de la Ley, como un medio judicial que permite, en forma breve, sumaria y eficaz, proteger las situaciones jurídicas vulneradas por actividades o edificaciones presuntamente contrarias al orden urbanístico.

En conclusión, el arsenal de normas vigentes en la materia ofrece un soporte de indudable amplitud para la actuación de los agentes públicos en materia de ordenación territorial, cuya estructura no ha sido objeto de evaluación sistemática por los distintos actores públicos, en los años que tienen vigentes ambas Leyes, para conocer sus cualidades o deficiencias y generar los cambios requeridos por las demandas sociales y las nuevas realidades que la dinámica social, tecnológica y económica aportan en el escenario general de las decisiones públicas.

Mas recientemente, la Constitución de 1.999 incorpora nuevos ingredientes normativos en la materia. Particularmente, en el artículo 128 se postula una declaración general del desarrollo de una política de ordenación del territorio por parte del Estado, "*...atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana...*".

---

9. Armando Rodríguez García: "Comentarios Generales a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística". Prohombre, Caracas 1.988, pags. 19y stes.

Luego, en el artículo 156, numeral 23, del mismo texto fundamental consagra, como materia de la competencia del Poder Público Nacional, la política nacional y la legislación en materia de ordenación del territorio. Y finalmente, la norma constitucional identifica a la "*...ordenación territorial y urbanística...*", como una de la áreas que se configuran bajo el acápite de materias correspondientes a la gestión concerniente a la vida local, y en consecuencia, como una competencia de los Municipios (art.178.1). La aplicación práctica determinará el alcance efectivo de estas disposiciones.

4. Las reformas legales en curso

En la actualidad la Asamblea Nacional lleva adelante un proceso de reforma de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, bajo lo que se ha identificado como una modalidad de "fusión" de los proyectos de reforma de cada una de estas leyes, uniéndolos en un solo texto, que de acuerdo a la información disponible ya recibió aprobación en primera discusión.[10]

Conforme al contenido de la Exposición de Motivos que acompaña al texto articulado del Proyecto de Reforma de las leyes, la misma obedece a la "... adecuación a la concepción del Poder Público según lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (sic), así como al marco normativo que regula el Sistema Nacional de Planificación, para coadyuvar al logro del desarrollo sustentable de la Nación. La referida adecuación es imperativa a la luz de nuestra Carta Magna, en consideración a que, por primera vez en nuestra historia constitucional se establece un Capítulo de los Derechos Ambientales, con preceptos rectores en los artículos 127, 128, 129 y 156...". Ciertamente, la alusión resulta poco comprensible, no solo por la baja calidad de la expresión idiomática, sino por lo débil del contenido conceptual que se logra descubrir, ya que ni la supuesta e inexistente nueva concepción del Poder Público, ni el llamado "marco normativo" que regula el Sistema Nacional de Planificación, ni mucho menos la regulación de los derechos Ambientales en el texto constitucional, surgen como razones suficientes para la reforma.

A pesar de anunciar un "...proceso de renovación el cual obedece a un proceso (sic) de ajuste jurídico...", con orientaciones fundamentales que implican "...modificaciones sustanciales en el ordenamiento jurídico vigente...", la lectura del texto articulado, a más de evidenciar un abultado número de disposiciones, que alcanza innecesariamente a un total de 236 artículos, permite precisar que

10. Consultado en la página web de la Asamblea Nacional <www.asambleanacional.gov.ve>.

se trata fundamentalmente de una mera *acumulación* de segmentos más o menos extensos de los dos textos legales sometidos a "reforma", los cuales, por cierto, presentan plataformas conceptuales divergentes, e incluso incompatibles en algunos de los aspectos que regulan, lo que, por una parte, hace dudar del cumplimiento de los objetivos expresados en la motivación como motivo o fundamentación de la reforma, al tiempo que hace notar fuertes carencias, en cuanto a la aplicación de las más elementales reglas de técnica legislativa, por las incongruencias y contradicciones que se observan en el texto "acumulado".

La sola determinación del "objeto" de la Ley propuesta (artículo 1) y la " definición" de ordenación del territorio que se pretende consagrar con fuerza legal (artículo 2), evidencian el alto nivel de incongruencia que afecta al Proyecto.

Así, el artículo 1 identifica como objeto de la Ley, "*...establecer los principios, objetivos, y las disposiciones que regularán el proceso de ordenación territorial, y establecer las disposiciones que regirán la ordenación urbanística y urbana* (sic) *en el territorio nacional...*"

Es decir, que la Ley comienza por entender a la *ordenación del territorio* como un proceso *regulado* por *disposiciones, objetivos*(?), *criterios*(?) y *principios*(?), que -se debe presumir-, establece el texto legal. Además, el Proyecto asume, como parte de su objeto, la regulación de *la ordenación urbanística y urbana*, sin precisar a que se refiere tal redundante adjetivación, que por lo demás no vuelve a aparecer en el resto del cuerpo normativo, con lo cual se genera una incongruencia inicial que, lejos de enriquecer al instrumento normativo, confunde y perjudica la comprensión del texto propuesto.

Pero además, a renglón seguido, el artículo 2 del Proyecto de fusión define la *"ordenación territorial y urbanística"* (¿se tratará de una categoría distinta a las identificadas en el articulo precedente?) como : "***...la regulación y promoción*** *de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población (sic), la expresión territorial de todas las actividades que están vinculadas de una y otra forma a la ciudad determinando su función y rol (sic), así como una mayor integración e interrelación de los espacios urbanos, de manera que permitan optimizar las inversiones y maximizar el rendimiento de las actividades sociales y económicas de la población, con el fin de garantizar un equilibrio territorial (¿?) entre el bienestar de la población, el uso racional de los recursos naturales y el ambiente (?) para el logro del desarrollo sustentable...* ". El alto grado de confusión, imprecisión y vaciedad del texto, releva por si mismo, de cualquier intento de análisis crítico.

De otra parte, merece observar que, en líneas generales, en el Proyecto se amplía significativamente el número de tipos de planes que debe elaborar la Administración, evidenciándose la multiplicación innecesaria de esfuerzos y procedimientos, para la elaboración, aprobación y manejo de instrumentos de planificación que repiten sus contenidos, alcances y objetivos, sin ofrecer ninguna ventaja en su existencia.

Junto a ello se observan incongruencias, imprecisiones e incluso inconstitucionalidades evidentes, que bajo ningún respecto podrían aparecer en un Proyecto de reforma de Ley, por más carácter preliminar que este pudiera tener.

De una parte se hace mención inadecuada a los instrumentos jurídicos aplicables, en función de la autoridad pública a la cual se atribuye su producción, como sucede con el artículo 95, en el cual se habla de "*una sola resolución conjunta*" de Gobernadores de Estado, o el "Decreto" de una Comisión Municipal de Ordenación Territorial y Urbanística, que contiene una "*aprobación*" "*previa y unánime*" de los *organismos* (sic) representados en dicha Comisión (art. 97).

El diseño y composición de los múltiples órganos colegiados que se proponen para la elaboración y aprobación de los Planes (Comisiones Regionales, Comisiones Estadales y Comisiones Municipales) revela una abierta tendencia centralista que choca groseramente con el postulado constitucional que proclama la República Bolivariana de Venezuela como un Estado federal descentralizado (artículo 4) y reafirma el principio de descentralización como soporte del gobierno de sus distintas entidades territoriales (artículo 6).

En efecto, en todos estos organismos que regionales, estadales y municipales, aparece una integración decisiva de órganos del Ejecutivo Nacional, y en todas esas Comisiones, se asigna la Secretaría Técnica a un órgano del Ejecutivo Nacional (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, en el caso de las Comisiones Regionales y Estadales, y Ministerio de Infraestructura, en el caso de las Comisiones Municipales).

Pero por si fuera poco, en el procedimiento de elaboración de los Planes (incluidos los planes urbanísticos, supuestamente municipales, se manda que, " e*n todo caso, ... el organismo encargado de su elaboración, los someta a la Comisión Nacional de Ordenación territorial, a los efectos de obtener la conformidad con el Plan Nacional de Ordenación Territorial...*"

Estimamos que, a los efectos de ofrecer una visión panorámica del estado de las cosas, no hace falta detenerse más en la revisión de estos aspectos de la cuestión. Por ello, creemos que es el momento de pasar revista a las ejecutorias, a las actuaciones de gobierno que podemos registrar como más destacadas en el escenario que se ha perfilado a grandes rasgos en las líneas anteriores.

5. Las políticas y las actuaciones públicas

Tal como indicamos anteriormente, los datos estadísticos y la realidad fáctica dan cuenta de un país que presenta un profundo proceso de transformación hacia la modernidad, en un plazo significativamente breve, con ingresos económicos y recursos suficientes para soportar razonablemente los programas sociales que podría demandar una población de tamaño modesto, y en condiciones de paz y estabilidad política sostenida, a punto de convertirse en una referencia hemisférica.

No obstante luego de varias décadas, el resultado práctico que se observa evidencia un importante grado de carencias en la población, un elevado déficit habitacional y de servicios, que conduce al marcado deterioro del medio ambiente, con ocupaciones no controladas que afectan el funcionamiento regular de los centros urbanos, una elevada tasa de desempleo y en los años mas recientes, un marcado proceso de recesión e inestabilidad económica.

Por lo que atañe de manera más directa a los asuntos relativos a los asentamientos humanos, se observa el abandono de programas de urbanización, adquisición anticipada de suelo para la expansión urbana, renovación urbana, vialidad y transporte, acueductos y otras infraestructuras de carácter estratégico, que derivan no de una debacle económica o de una repentina deficiencia de las capacidades técnicas o intelectuales de los profesionales y técnicos que participan en el diseño y aplicación de las decisiones. Mas bien, el marcado cambio hacia menos se debe ubicar en el predominio de ideas que asume el liderazgo político, y que, aún cuando no logran convertirse en realidades concretas (tal vez por lo descabellado y contrario a la lógica y a la tendencia natural del desarrollo), afectan las capacidades de respuesta y perturban decididamente el adecuado comportamiento de la Administración.

En tal sentido aparecen, por una parte el pensamiento «antiurbano», que entiende como ilegítima y contraria a la identidad nacional la vida urbana, propugnando un imposible regreso a la vida rural, con lo cual se fomentan "políticas" que niegan la inversión en infraestructura y servicios en las ciudades más importantes, con la esperanza de lograr el proceso de reversión antes

mencionado. Este pensamiento va estrechamente unido a un exacerbado ecologismo, que entiende el hecho urbano como un atentado a la naturaleza, y concibe la responsabilidad pública como una expresión de sumisión a lo natural, limitando su actuación a la tarea casi esotérica de descubrir o entender las "vocaciones" de los espacios naturales y seguir esas determinantes.

Pero además, aparece la actitud constante y casi obsesiva de los líderes políticos, por transformar el patrón histórico de ocupación espacial, casi como un reto por alcanzar la categoría de creadores de una nueva realidad nacional, mediante el traslado de la población del arco metropolitano formado por el eje Caracas-Puerto Cabello, en la región centro-norte del país, hacia el sur, al eje Orinoco-Apure, alegando incluso la existencia de los grandes reservorios acuíferos, que más bien, en sana lógica y sentido común, debían ser preservados de las acciones de poblamiento.

Junto a esto, y como complemento de orden práctico se observa una tendencia a la planificación como objetivo final de la administración, a considerar los planes como fines en si mismos, dejando fuera de consideración la gestión, la acción como verdadero centro de la presencia pública en asuntos de esta naturaleza.

En síntesis, estas posiciones niegan la esencia del sistema urbano y los asentamientos humanos como eje de las concepciones y criterios propios de la Ordenación del Territorio.

El núcleo de esta discrepancia sobre las bases conceptuales o filosóficas del asunto, queda recogido en la obra del Profesor Ramón Martín Mateo, que hemos aludido antes.

Por una parte, la posición del autor cuando sostiene que *"...la colaboración del Ministerio responsable del Desarrollo Urbanístico resultará elemento básico dada la final trascendencia que las decisiones espaciales tienen en el dispositivo urbano, eje del sistema de utilización del espacio..."*. Pero por otro lado, el criterio opuesto, que expone el Ing. Pedro Pablo Azpúrua, precisamente como prologuista de la obra, en estos términos: "... No comparto plenamente este último planteamiento para países como el nuestro, donde existe una gran superficie "invadida" pero no realmente "ocupada", en el sentido de su productividad, por lo tanto sostengo que la ordenación del territorio en nuestros países a diferencia de los europeos, densamente poblados, no pueden ni deben considerarse los recursos naturales como "yacentes" sino ciertamente activos, con valor "in situm" por lo cual (...) es mucho mas fácil, más lógico y razonable para el futuro ordenar esos

recursos, y hacerlo oportunamente; para ordenarlos hay que conocerlos adecuadamente, para *evitar una lucha de enfrentamientos entre las capitales escasas y la naturaleza".*[11]

No es necesario insistir, por obvio, en el elemento urbano, en el proceso de urbanización, como factor necesario, insustituible, central, protagónico, para cualquier aproximación que se ubique en criterios o técnicas de ordenación del territorio y desarrollo sostenible, y en este sentido, el fenómeno de urbanización y su expresión más avanzada, la metropolitanización, son realidades reconocibles y analizables desde el plano científico, y en consecuencia, susceptibles de ser manejadas objetivamente y transferido el conocimiento derivado de la investigación, así como las experiencias puestas en práctica y las evaluaciones sobre su aplicación y resultados.

Ciertamente, "...la aceleración del proceso de urbanización de la población venezolana no constituyó un hecho excepcional o atípico. Lo mismo ocurrió en los países hoy llamados "industrializados", durante las primeras décadas de su "revolución tecnológica". Así mismo, el arranque del proceso de urbanización en los países "en desarrollo" tuvo lugar en la primera mitad de este siglo, aunque con diferencias regionales y nacionales explicables..."[12] . Entonces, el valor del conocimiento científico sobre el fenómeno y la transferencia de los conocimientos desarrollados sobre el mismo, tal como hemos reseñado ocurrió en etapas tempranas del proceso de urbanización en Venezuela, no deja espacio a la evasión configurada por la "peculiaridad" o "particularidad" de una realidad determinada, que hace diferente o exclusivo un caso específico, que lo hace merecedor de una teoría propia.

De su parte, la preeminencia de un pensamiento que sobrepone lo natural, la naturaleza, a los procesos sociales y humanos, llegando al extremo de personificarlo y deificarlo, resulta difícil de aplicar, con expectativa real de resultados prácticos; pero además, es un enfoque claramente perturbador, o cuando menos, desorientador, para el actor responsable por la toma de decisiones.

Así lo expresa el Profesor José Yaber, al realizar comentarios sobre asunto en cuestión:

> "...Creo que hasta cierto punto, se puede decir que el pensamiento ambientalista, de limitación del crecimiento urbano, ha influido en la inversión pública en materia urbana. También creo que ha sido mas por

11. Ramón Martín Mateo " Ordenación del Territorio", cit., pag 15.

12. Víctor Fossi. Op. cit., pag 13.

la pasividad de no hacer, no porque esta pensamiento haya captado las mentes de quienes eran responsables del desarrollo urbano, sino por la ausencia de un pensamiento bien fundamentado sobre la actuación pública permitía que se diera esta situación. Llega un momento dado en que empezamos a escuchar argumentos tales como el "derecho" del río, el "derecho" del curso de agua....Estamos completamente divorciados de lo que es el concepto de ciudad. La ciudad no es un ambiente natural, la ciudad es un ambiente completamente artificial creado, por el hombre.(...) Pretender que nosotros podemos tener un sistema de ciudades distinto del que tenemos no tiene ningún fundamento en apreciación científica o técnica. Pretender que el Orinoco-Apure es el gran eje del desarrollo de Venezuela, es desconocer como se desarrolla hoy día la forma de vida, la forma cultural, la forma avanzada de la civilización actual..." [13].

II. CONCLUSION

Hemos intentado destacar tres datos relativos a la realidad venezolana, que estimamos importantes para entender las circunstancias sobre las cuales se pueden aplicar eficientemente criterios y técnicas de ordenación del territorio y desarrollo sostenible: 1°) la existencia de condiciones objetivas y evidentes de asentamiento poblacional y desarrollo económico y social, que marcan una situación adecuada para la aplicación de tales criterios y técnicas; 2°) la existencia de evaluaciones, análisis y conocimientos teóricos, técnicos y prácticos sobre el fenómeno concreto que se manifiesta en momentos y espacios determinados y finalmente, 3°) la disponibilidad de recursos instrumentales, económicos, organizacionales y jurídicos suficientes para el abordaje de líneas de actuación, de diseño de políticas públicas que orienten eficientemente las ejecutorias de los decisores públicos y permitan su evaluación permanente, en función de objetivos de desarrollo humano, que es, en definitiva, la esencia de la sostenibilidad.

Dentro del complejo escenario de la cuestión planteada, es indudable que la posición intelectual, filosófica o principísta que se tenga sobre el significado central y el alcance estratégico que la cuestión urbana tiene, como expresión de síntesis para el manejo integral de las políticas y actuaciones públicas en todos los ámbitos de la responsabilidad sobre desarrollo humano (educación, empleo, cultura, salud, vivienda, recreación, etc.), juega un papel decisivo en la orientación y la realización tangible de resultados.

13. En: " El Oficio de Urbanista según Víctor Fossi. Relatos de práctica urbanística". Universidad Simón Bolívar/ Consejo Nacional de la Vivienda / Fundación Alemo. Caracas. 1998.

La ignorancia, el desinterés y las desviaciones o distorsiones sobre este tema central, son circunstancias que afectan decisivamente los resultados, con efectos iguales o superiores que operan de manera lineal y exponencial, pero en sentido negativo, es decir en deterioro social y económico, y esta parece ser la clave que identifica la situación de la Venezuela contemporánea.

Así lo expresa Victor Fossi, cuando afirma que:

> "...la resistencia cultural a los procesos de metropolitanización ha persistido en algunos niveles de la administración pública y ha nutrido la formulación de políticas dirigidas a frenar el crecimiento de Caracas y de otros centros metropolitanos; políticas que, por otra parte, no han hecho otra cosa que contribuir a agravar los problemas reales que acompañan a dichos procesos. La utilización de hipótesis "deseables" pero poco factibles sólo ha servido para eludir las verdearas responsabilidades respecto a las demandas de índole urbanística, en los sitios donde la diligencia en la intervención del Estado es más requerida. El resultado ha sido el virtual abandono de las políticas propiamente urbanas por parte del Gobierno Nacional, cuyos efectos se agravan debido a la tradicional debilidad de los gobiernos locales..." [14]

Por otro lado, el pretender descansar en la quimera de la solución normativa, en la expectativa de que la inserción o consagración de una pretendida "solución" en un texto normativo o en una decisión oficial, por supuesto, del más alto "nivel", es otra falsa opción, es otra modalidad de evasión de la demanda real.

En este orden de ideas es oportuno recordar, lo que nos enseña el Profesor Martín Mateo, en cuanto a que "...de las Gacetas Oficiales no pueden esperarse milagros y soluciones taumatúrgicas... ( )...Es verdad que las leyes deben ser hechas para su cumplimiento, sin lo cual se convertirían en un juego de artificio cuando no en una insoportable farsa. En este sentido no podemos menos que coincidir con la postura que analizamos enfatizando el realismo y la eficacia en la comprensión del sistema normativo. Nada puede sustituir la labor final del hombre como ejecutor de la Ley. La elevación del nivel técnico de los funcionarios y la mejora del clima social que arropa a los servidores del Estado supone ciertamente un factor decisivo."[15]

En tal sentido, es forzoso concluir que en el panorama actual y su previsible evolución inmediata, el país, y primordialmente el sector público y

14. Víctor Fossi. Op. cit. pag 20

15. Martín Mateo, Ramón: Op. cit. Pags. 22 y 25.

el liderazgo político, sigue teniendo una asignatura pendiente, un reto fundamental, dado por la necesidad de provocar condiciones adecuadas para la efectiva incorporación a niveles de vida aceptables, a la plena vida urbana, en favor de un altísimo contingente poblacional que carece de las condiciones mínimas requeridas.

La posibilidad de dar respuesta a una demanda de esa naturaleza y magnitud, no se satisface, ni mucho menos se agota en proclamas de supuestas "políticas" o propuestas de leyes destinadas a cambiar la plataforma de actuación o modificar "de una vez por todas" los sistemas, métodos y concepciones existentes; antes bien, apunta al empleo efectivo y tangible de las técnicas y criterios propios de la ordenación del territorio, en el campo de la gerencia pública, para lo cual las posibilidades de intercambio y conocimiento de experiencias resulta un ingrediente de significativa importancia y valor.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVO PENAL EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE LA REPÚBLICA

POR JOSÉ TADEO SAIN SILVEIRA

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA. II. ALGUNOS ANTECEDENTES GENERALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVO PENAL. III. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVO PENAL EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES VENEZOLANOS. IV. EL INCOHERENTE PLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1999. V. UN FALLO QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN VIRTUD DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY PENAL. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

En el presente trabajo revisaremos la evolución que ha tenido el principio de legalidad sustantivo penal a través de los textos Constitucionales de la República, es decir, veremos el tratamiento que le ha otorgado el Constituyente a un principio de tanta trascendencia política y social como el de la legalidad penal material. Igualmente, evaluaremos su planteamiento en la actual Constitución y a través de un fallo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Para ello debemos partir del hecho de que nuestro país, desde la declaración de su independencia, ha tenido veintiséis textos constitucionales,

sancionados en los años 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961 y 1999, pero realmente todos ellos han tenido una fuente común: una Constitución, la de 1811.

En efecto, el profesor Allan R. Brewer-Carías, nos dice que "este excesivo número de textos constitucionales, sin embargo, no significa que en nuestro país haya habido, literal y jurídicamente hablando, 25 'Constituciones' diferentes. En realidad, la gran mayoría de dichos textos sólo fueron meras enmiendas o reformas parciales de los precedentes, muchas provocadas por factores circunstanciales del ejercicio del poder, que no incidieron sobre aspectos sustanciales del hilo constitucional. Sin embargo, al no existir en nuestra tradición constitucional, salvo en el texto de 1961, el mecanismo formal de la "Enmienda", aquellas reformas parciales dieron origen a la promulgación sucesiva de Constituciones autónomas unas de otras, pero de contenido casi idéntico."[1]

Sobre la línea precedentemente esbozada, se pronuncia también Gustavo Planchart Manrique, cuando señala que "para entender el proceso de formación de la Constitución venezolana actualmente vigente desde el 23 de enero de 1961, es necesario primero recordar que, en cierta forma, es la número 25, si contamos desde nuestra primera Constitución de 1811, en los albores de nuestra independencia, antes de que ésta fuera una realidad y sólo una voluntad política manifiesta del pueblo venezolano. Pero por otro lado, no es quizás sino la séptima u octava, si aun tomando en cuenta la primera de 1811, pensamos sólo en aquellas que han significado una estructura con real eficacia, ya por su duración -10 años o más de vigencia- (las de 1830, 1864, 1881 y 1961), ya porque aunque con vigencia menor no eran o son un simple disfraz para la hegemonía absoluta de algún caudillo, tirano o dictador, como quiera llamársele (las de 1811, 1936, 1947), ya porque significaron o significan una concepción constitucional importante o un rompimiento con la que sustituyeron (las de 1811, 1830, 1858, 1864, 1947 y 1961). Todas las Constituciones en una forma u otra son meras enmiendas de la que existió en ese momento, para acomodarla a caprichos del tirano o caudillo de turno o necesidades políticas pasajeras."[2]

No obstante lo expuesto, también debe referirse que realmente nuestro país ha tenido más actos constitucionales que los 25 textos formales, los cuales

---

1. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Las Constituciones de Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Arauco Ediciones C.A. Caracas, 1997, pg. 17.

2. Tomado por Allan Brewer-Carías del artículo Proceso de Formación de la Constitución Venezolana del 23-1-1961, *Revista de Derecho Público*, N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 5 a 27, de Gustavo Planchart Manrique (Autor y ob. cit., pg. 17).

no se sucedieron unos a otros. Así vemos que "las múltiples rupturas del hilo constitucional entre 1812 y 1899 y luego entre 1945 y 1958, por revoluciones sucesivas, hicieron aparecer actos constitucionales diversos y particulares cuyo análisis complemente nuestra evolución constitucional."[3]

Pero a pesar de haber tenido tantos textos y actos constitucionales, lo cual ha sido por efecto de una historia llena de acontecimientos políticos, económicos y sociales, debemos destacar de los mismos lo siguiente:

a. La Constitución de 1811, producto de la Confederación de Venezuela, fue la primera Constitución política latinoamericana.

b. Dicha Constitución, aunque emanó de un incipiente y modesto país como el nuestro (anteriormente una simple Capitanía General de la colonia española), se dictó poco tiempo después de la independencia norteamericana y de la revolución francesa, hechos estos que marcaron hito en el destino de muchas naciones y dejaron huellas inconmensurables en la historia de la humanidad.

c. Esa Constitución de 1811, considerada como la madre de todas las que le han sucedido en nuestro país, plasmó en su texto importantísimos principios humanos, gracias a la influencia de las recientes revoluciones que se habían dado hacía poco tiempo, tales como la norteamericana y la francesa.[4]

d. Entre esos principios del iluminismo estuvo el que nos ocupa, el de legalidad sustantivo penal, que abordaremos más adelante con motivo de la evolución Constitucional patria, pero después de revisar algunos de sus antecedentes en la historia universal.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES GENERALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVO PENAL

El principio cuya evolución Constitucional es objeto de este trabajo, al igual que otros de corte también humanitario, no tuvo sus orígenes en el

3. Idem.

4. Así lo destaca Brewer-Carías cuando señala que dichas revoluciones, considerados como los acontecimientos más importantes del mundo moderno, "tuvieron una enorme importancia para Venezuela, ya que fue nuestro país, a comienzos del siglo XIX, el primero del mundo en recibir la influencia de los mismos y de sus consecuencias constitucionales..." (Autor y obra citada, pg. 48).

Derecho romano (donde se admitía la analogía y los *crimina extraordinaria*), ni en el antiguo derecho germánico. Sus antecedentes más claros están en el artículo 39 de la Magna Carta inglesa, dada por el Rey Juan II o Sin Tierra (1215), en España, en el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León, de 1188, así como en algunos dogmas de la Iglesia Católica, relativos al perdón y a la caridad cristianos, destinados a abolir las penas bárbaras y crueles.

Posteriormente, y luego de los efectos que produjeron las ideas de grandes filósofos como Grocio, Hobbes, Spinoza, Locke, Puffendorf, Montesquieu, Voltaire y Russeau, llegamos al humanismo, iluminismo o ilustración del siglo XVIII, que es cuando se comienza a forjar un Derecho penal liberal, cuyas ideas sirvieron de inspiración a las grandes revoluciones americanas y francesa, y crearon el ambiente necesario para establecer las bases sustanciales del principio de legalidad.

En ese entonces existió un gran pensador que logró concentrar y concretar tal cúmulo de ideas, revolucionarias para el momento, en una serie de principios, entre los cuales estuvo uno, el central de todos ellos, que es el de la legalidad penal material.[5] Estamos hablando de César Bonesana, mejor conocido como el Marqués de Beccaría.

César Beccaría, entre marzo de 1763 y enero de 1764, escribió una de las obras maestras del Derecho penal, como lo fue *Dei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas). Es este corto pero profundo libro, publicado sin fecha y anónimo, se plasma lo que vendría a ser, y hoy día constituye más que nunca, lo que ha denominado Jorge Sosa Chacín, la piedra angular del Derecho penal, en el cual, entre otras cosas, se establece:

a. El combate a los abusos judiciales de la época, especialmente, la pena de muerte ilegítimamente aplicada. El derecho a la vida es inalienable y nadie puede disponer de él en el Contrato Social.

b. Que el derecho de castigar se fundamente en el Contrato Social, a través del cual el ciudadano cede al Estado la facultad de afectarle ciertos derechos cuando delinque (por ejemplo, el de la libertad).

5. "En el campo del Derecho Penal el problema de las fuentes de conocimiento asume un carácter especial, dado que toda la materia se encuentra regida por el principio de legalidad, que se expresa en la conocida máxima del *nullum crimen, nulla poena sine lege*." (ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Derecho penal venezolano. Novena edición. McGrawHill. Caracas, 2001, pg. 42.

c. Una crítica a la tortura y a los procedimientos generados por acusaciones secretas, y la consiguiente promoción del sistema procesal acusatorio, público por su naturaleza.

d. La idea de que la justicia humana es diferente a la divina y que nadie puede arrogarse el poder de sancionar en nombre de Dios.

e. Que el fundamento de la justicia penal está en la utilidad común que se modifica, limita y completa por la ley moral.

f. Que el castigo debe aplicarse en forma clara y rápida para lograr la prevención a corto plazo. Importa poco la gravedad de la pena con tal de que sea proporcional al hecho y se aplique efectivamente.

g. La conveniencia de una alianza entre una ley penal y una ley moral.[6]

La primera y más importante de las consecuencias que se deriva de los principios que proscriben la tortura, que establecen el derecho del Estado al castigo en virtud del Contrato Social, por el cual el ciudadano que delinque cede al Estado la afectación de una parte mínima de algunos de sus valores fundamentales (la libertad), que disponen la necesidad y proporcionalidad de las penas, así como el de máxima libertad del perseguido, es la del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

En efecto, en el Capítulo III de su egregia obra, intitulado "Consecuencias", proclama, entre otras cosas, lo siguiente:

> "La primera consecuencia de estos principios es que *sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos;* y que *esta autoridad no puede residir sino en el legislador* que representa toda la sociedad unida por un contrato social. *Ningún magistrado* (que es parte de la sociedad) *puede con justicia infligir pena contra otro miembro de la misma sociedad.* Ahora bien, una pena que excede el límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; luego *no puede un magistrado bajo ningún pretexto de celo ni de bien público aumentar la pena establecida al ciudadano que delinque.*"[7] (Destacados nuestros).

---

6. SOSA CHACÍN, Jorge. *Derecho Penal.* Tomo Primero. Introducción – La Ley Penal. Segunda edición. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1978, pg. 74.

7. BECCARIA. *De los delitos y de las penas.* Según el texto publicado en Florencia en 1862, por César Cantú. Versión Castellana por Pascual Vincent. Madrid, 1879, pg. 37.

Otros pensadores contribuyeron también con el desarrollo del Derecho penal liberal o humanitario, que como dijimos tuvo su centro de gravedad en ese trascendental principio. Ejemplo de ello son las obras del inglés John Howard, del médico Marat (autor del *Plan de Législation criminelle*), de Bentham, y de otros muchos.

Por su parte, Federico el Grande de Alemania, en 1740, proscribió la tortura y dispuso la reforma general del Derecho penal, la *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1787) produjeron declaraciones de derechos fundamentales de las personas, José II de Austria dictó en 1787 un nuevo Código Penal (considerado como el primero del humanismo), y el 26 de agosto de 1789, al inicio de la Revolución francesa, se recogió en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, influida en parte por la Declaración de Derechos de Virginia del 29 de junio de 1776, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en los términos siguientes:

> "La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias y *nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada.*"[8] (Destacados nuestros).

Poco tiempo después, se promulgan en Francia los Códigos de 1794 y 1795, así como el de Napoleón, de 1810, que influye sobre el de Baviera de 1813. Y de nuevo en Italia, a todo lo largo del siglo XIX, se produce la gran obra del Derecho penal liberal o clásico, iniciada por Juan Domingo Romagnosi (1761-1835), Juan Carmignani (1768-1843), y seguida después por Enrique Pessina (1828-1917), pero genialmente representada por Francesco Carrara, con su Programa de Derecho Criminal de 1862, toda la cual incidió sobre el conocido Código italiano del Ministro Zanardelli, de 1889, así como sobre el español de 1870, y sus reformas de 1871 y 1876, el Alemán de 1871, 11 holandés de 1881 y, por supuesto, en el venezolano de 1897 y en el vigente de 1926 (copiados del Código de Zanardelli), reformado en 1964 y el 20 de octubre de 2000.[9]

Pero quien realmente le da su formulación latina (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*) y contenido jurídico al principio de legalidad fue el alemán Paul Anselm von Feuerbach (1775-1833). Para él este principio era una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como

---

8. Tomado de la citada obra de BREWER-CARÍAS, pg. 59.
9. SOSA CH., J. Ob. cit., pgs. 75-76.

"coacción psicológica", que hace abstener a los ciudadanos de cometer delitos, lo cual requiere como presupuesto previo la descripción legal de las conductas prohibidas y las penas con que se conminan esos comportamientos. De no existir ese preestablecimiento de las figuras delictivas, con sus consecuentes sanciones, se desconocería de la prohibición de una determinada conducta y de su pena, la cual no representaría ninguna coacción psicológica para nadie.[10]

Vemos pues que el principio de legalidad constituye una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX, "y es el resultado del paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal de Derecho... se presenta como una conquista irreversible e irrenunciable, en cuanto ofrece el único medio de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva que al principio como tal... tiene por tanto un claro fundamento... pero también hay razones puramente jurídicas que lo fundamentan..."[11]

III. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVO PENAL EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES VENEZOLANOS

Sabido es que el primer Estado venezolano independiente se constituyó a consecuencia de la instalación del gobierno republicano en 1811, después de la revolución del 19 de abril de 1810 que desconoció la autoridad de la colonia española de las Provincias que conformaban la Capitanía General establecida desde 1777.[12]

También es un hecho conocido que nuestro proceso independentista estuvo influenciado por la ideología liberal y humanista proveniente de las dos grandes revoluciones, la norteamericana y la francesa, inspiradas ambas en corrientes filosóficas propulsoras del derecho natural.

A pesar de que la revolución norteamericana no consagró de manera expresa en sus textos constitucionales el principio de legalidad, estableció toda una gama de derechos del hombre que sirvieron de inspiración a los franceses para preverlo taxativamente en sus textos fundamentales, tanto en su sentido amplio, como en el estrictamente penal. Esa primera visión la refleja Brewer-Carías de la siguiente manera:

---

10. MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1996, pg. 93.
11. MUÑOZ C., F. Ob. cit., pg. 89.
12. BREWER-C., A.R. Ob. cit., pg. 21.

"La revolución francesa estuvo signada por el principio de la supremacía del legislador, que representaba a la Nación. Al haber controlado el Tercer Estado la Asamblea Nacional en 1789, ésta se convirtió en representante todopoderosa de la Nación. De allí que de acuerdo al postulado roussoniano de que la 'ley es expresión de la voluntad general', habiendo la Asamblea asumido carácter de poder constituyente al momento de la Revolución, en la Constitución de 1791 se estableció que: 'No hay en Francia una autoridad superior a la de la ley. El rey no reina sino por ella, y es en nombre de la Ley que él puede exigir obediencia" (Art. 1, Cap. II, Título III)."[13]

Por su parte, el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, prevé el principio de legalidad en su sentido general, estableciéndose como un principio del más alto rango, dada la importancia adquirida por el Poder Legislativo francés:

"La ley es la expresión de la voluntad general..."

En la misma disposición, se consagró también el derecho de todos los ciudadanos de "concurrir personalmente o por sus representantes" a la formación de la ley, contemplándose en otros artículos de la Constitución francesa, que siguió a la Declaración, los principios que a continuación se destacan:

"Ningún acto de los Cuerpos Legislativos podrá ser considerado como ley, si no ha sido hecho por los representantes de la Nación libremente elegidos y si no ha sido sancionado por el Monarca (Art. 9).

El poder Ejecutivo no puede hacer ley alguna, incluso prioritaria, sino proclamar, conforme a las leyes, para ordenar o recusar su observación (Art. 16).

El Poder Judicial será administrado por tribunales establecidos por la ley, según los principios de la Constitución y según las normas determinadas por la ley (Art. 19).

Por su parte, la Ley de 16-24 de agosto de 1790, agregó que:

Los Tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender o impedir la ejecución de los derechos del Cuerpo Legislativo, sancionados por el Rey, so pena de prevaricación (Art. 10, Título II)."[14]

---

13. Autor y ob. cit., pg. 90.
14. BREWER-C., A.R. Ob. cit., pg. 90.

En definitiva la autoridad de la ley, como manifestación de la voluntad general, significó que no había órgano o funcionario que estuviese por encima de ella, sino que la misma vinculaba a los gobernantes y exigía obediencia. "Así, frente al poder absoluto del Monarca en el Antiguo Régimen, emerge el principio de legalidad y el Estado de Derecho: sólo se puede gobernar en virtud y con sujeción de las leyes."[15]

En la Declaración venezolana de los Derechos del Pueblo de 1811, aunque no llega a ser un texto Constitucional, se establecen algunos preceptos que consagran el principio de legalidad, en sus dos versiones, amplia y restringida al ámbito penal, tal y como veremos de seguidas. Pero antes de transcribir dicha normativa, veamos lo que sobre el tema tratado se adelanta en lo que pudiera entenderse como el preámbulo de esta declaración, dictada por el Congreso de Venezuela, en su sesión legislativa, y promulgada en el Palacio de Gobierno de Venezuela, el 1 de julio de 1811:

> "... que el magistrado no pierda jamás de vista la norma de su conducta y el legislador no confunda, en ningún caso, el objeto de su misión."[16]

El principio de legalidad, en el primer sentido aludido, lo encontramos en el:

> "Art. 12. Todo acto ejercido contra un ciudadano sin las formalidades de la ley, es arbitrario y tiránico.
>
> Art. 13. El magistrado que decrete y haga ejecutar actos arbitrarios será castigado con la severidad de la ley.
>
> Art. 14. Esta debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión y tiranía." [17]

Por su lado, dicho principio, pero en su sentido sustantivo penal, también tuvo acogida en esta primera declaración de reconocimiento de los derechos del pueblo venezolano, de 1811, conforme puede leerse:

> "Art. 11. Ninguno debe ser acusado, preso, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley.
>
> Art. 16. *Ninguno debe ser juzgado ni castigado, sino* después de haber sido oído legalmente, y *en virtud de una ley promulgada anterior al*

15. Idem.
16. BREWER-C. Ob. cit., pg. 279.
17. Ibidem, pg. 280.

delito. La ley que castigue delitos cometidos antes que ella exista será tiránica. El efecto retroactivo dado a la ley es un crimen."[18] (Destacados nuestros).

Este planteamiento de intención del gobierno revolucionario venezolano de aquél entonces es digno de reconocimiento. Apenas poco más de veinte años de la revolución francesa, Venezuela, en lo que fue su primera República, acogió uno de los dogmas más sagrados del Estado Moderno: el principio de legalidad, en sus dos vertientes, la general y la penal. Con él, nuestro país adoptó una posición de vanguardia con respecto a las restantes naciones del globo, y estableció las bases para lo que sería su primera versión de un Estado de Derecho.

Pero lo significativo de esta declaración está también en la consagración del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, con sus garantías criminal, penal y de jurisdicción, y con sus sub-principios, incluyendo el de la prohibición retroactiva de la ley penal.

Tal realidad contribuyó a que en los textos que constituyeron y han venido reconstituyendo nuestra República se estableciera, entre muchos otros, un principio destinado a crear el Estado de Derecho, que permitiese controlar la actividad de sus órganos conforme a la voluntad de las mayorías, plasmada por la representación de éstas a través de las leyes, permitiendo esa actuación pública hasta unos límites preestablecidos, basados, además de su vinculación a la ley, los principios generales del ordenamiento jurídico y los valores constitucionales, en la necesidad, racionalidad y proporcionalidad de los mismos.

Pero además del texto precedente, nuestro país acogió en su primera, y por muchos considerada como la única Constitución venezolana, el tantas veces aludido principio de legalidad. En efecto, la Constitución de 1811, sancionada en el primer año del proceso independentista venezolano en el Palacio Federal de Caracas el 21 de diciembre, estableció dicho principio, entre otros, en los artículos siguientes:

"149. La ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común y ha de proteger la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia.

18. Idem.

150. Los actos ejercidos contra cualquier persona fuera de los casos y contra las formas que la ley determina son inicuos, y si por ellos se usurpa la autoridad constitucional o la libertad del pueblo, serán tiránicos.

158. *Tampoco podrán los ciudadanos ser* reconvenidos en juicio, acusados, *presos ni detenidos sino en los casos y en las formas determinadas por la ley,* y el que provocare, solicitare, expidiere, suscribiere, ejecutare o hiciere ejecutar órdenes y actos arbitrarios deberá ser castigado, pero todo ciudadano que fuese llamado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer al instante, pues se hace culpable por la resistencia.

170. *Ninguna ley criminal* ni civil *podrá tener efecto retroactivo, y cualquiera que se haga para juzgar o castigar acciones cometidas antes que ella exista será tenida por injusta, opresiva e inconforme con los principios fundamentales de un Gobierno libre.*

172. *Todo tratamiento que agrave la pena determinada por la ley es un delito.*"[19] (Destacados nuestros).

La normativa precedente es verdaderamente elocuente. Se contempla la supremacía de la voluntad popular pero expresada a través de la ley, la cual establece el imperio de la obediencia a sus dictados, tanto del Gobierno como de los demás personeros de la función pública, e igualmente, proscribe cualquier posibilidad de persecución y condena por hechos no previstos con anterioridad al juzgamiento como punibles y de aplicación de la ley penal a hechos anteriores a su vigencia.

Tales previsiones hacen de nuestra Constitución de 1811 como un texto realmente ejemplar, de avanzada, porque supo recoger el contenido garantista de las Constituciones norteamericana y francesa, en lo que a los límites de la actuación pública a la letra de la ley, y, específicamente, a los límites del *ius puniendi* estatal.

Esta fórmula Constitucional la vamos a encontrar en los subsiguientes textos constitucionales del país, es decir, en los de:

a. La Constitución de 1819, sancionada por el Congreso de Angostura el 11-8-1819, según lo señalado en el Acta N° 139 del Congreso de Angostura: Artículos 8 y 10, de la Sección Primera, Título 1°.[20]

---

19. BREWER-C., A.R. Ob. cit., pgs. 300-302.

20. Aquí es importante destacar que el artículo 10 de esta Constitución, establece el principio de legalidad material penal de una manera más completa y precisa que el previsto en la de 1811, cuando dispone: "Ninguno puede ser juzgado, y mucho menos sentenciado y castigado, sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción después de haber sido oído

b. La Constitución de 1821, sancionada por el Congreso General de Colombia, en Cúcuta, en sesión del 30-8-1821, y mandada a ejecutar por el Presidente, Simón Bolívar, el 6-10-1821: Artículos 167 y 168, del Título VIII, en las Disposiciones Generales.

c. La Constitución del Estado de Venezuela de 1830, sancionada por el Congreso constituyente, en Valencia, el 22-9-1830, ordenada ejecutar por el Presidente del Estado, José Antonio Páez, el 24-9-1830: Artículo 196.

d. La Constitución de 1857, sancionada por el Congreso el 16-4-1857, mandada a ejecutar por el Presidente, José Tadeo Monagas, el 18-4-1857: Artículo 102, del Título XX, De las Garantías.

e. La Constitución de 1858, sancionada por la Convención Nacional en Valencia, el 24-12-1858, mandada a ejecutar por el Jefe Provisional del Estado, Julián Castro, el 31-12-1858: Artículo 18, del Título V, De los Derechos Individuales.[21]

f. La Constitución de 1864, sancionada por la Asamblea Constituyente, en Caracas el 28-3-1864, mandada a ejecutar en Santa Ana de Coro, Juan C. Falcón, el 13-4-1864: Artículo 14, numeral 14, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.

g. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1874, sancionada por el Congreso de los Diputados de Venezuela, en Caracas el 23-5-1874, mandada a ejecutar por el Presidente A. Guzmán Blanco, el 27-5-1874: Artículo 14, numeral 14, ordinal 3°, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.

h. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1881, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, en

---

o citado legalmente." Este precepto siguió siendo recogido por otros textos constitucionales venezolanos, con algunas variaciones, pero sin modificar su extensión. No obstante, debemos decir también que en este texto de 1819, ni en los que le siguieron, se volvió a plasmar el sub-principio de irretroactividad, que se deriva del de legalidad penal, establecido correctamente en el texto de 1811. Aunque se trata, como dijimos, de una derivación del de legalidad, es recomendada su consagración taxativa Constitucional.

21. En esta Constitución se hace una peligrosa abreviación del principio de legalidad penal, cuando a pesar de que se le contiene la garantía criminal y penal (previsión legal previa de los delitos y de las penas), no se desarrolla a plenitud la garantía jurisdiccional (previsión legal previa de juzgamiento, pero no de castigo), a diferencia de lo previsto en textos anteriores. Esto ocurre también en la siguiente, de 1864.

Caracas el 4-4-1881, mandada a ejecutar por el Presidente A. Guzmán Blanco, el 27-4-1881: Artículo 14, numeral 14, ordinal 3°, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.

i. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1891, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas el 9-4-1891, mandada a ejecutar por el Presidente R. Andueza Palacios, el 16-4-1891: Artículo 14, numeral 14, ordinal 3°, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.

j. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas el 12-6-1893, mandada a ejecutar por el Presidente Joaquín Crespo, el 21-6-1893: Artículo 14, numeral 14, ordinal 3°, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.

k. La Constitución de 1901, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas el 26-3-1901, mandada a ejecutar por el Presidente Cipriano Castro, el 29-3-1901: Artículo 17, numeral 14, ordinal 3°, del Título III, De la Garantía de los venezolanos.[22]

l. La Constitución de 1904, sancionada por el Congreso Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas el 27-4-1904, mandada a ejecutar por el Presidente Cipriano Castro, en la misma fecha: Artículo 17, numeral 14, ordinal 2°, del Título III, Sección Segunda, De los derechos de los venezolanos.[23]

m. La Constitución de 1909, promulgada en virtud de una enmienda y adición sancionada por Acuerdo del Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas el 4-8-1909, mandada a ejecutar por el Presidente J. V. Gómez, el 5-8-1909: Artículo 23, numeral 14, ordinal 2°, del Título III, Sección Segunda, De los derechos de los venezolanos.

n. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1914, sancionada por el Congreso de Diputados Plenipotenciarios, en Caracas

22. En esta disposición se reduce mucho más el espacio del principio de legalidad sustantivo penal, ya que se cambia de su tradicional planteamiento de que nadie podrá ser juzgado "... sino... en virtud de leyes dictadas antes de la comisión del delito o acción que motive el juicio...", por "... en virtud de ley preexistente..."

23. Aquí se repite la disposición constitucional anterior y se mantiene reducido al mínimo el principio de legalidad penal material. Igual ocurre en las siguientes, es decir, las de 1909, 1914 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945 y 1947.

el 13-6-1914, mandada a ejecutar por el Presidente V. Márquez Bustillos, el 19-6-1914: Artículo 16, numeral 14, ordinal 2°, del Título III, Garantías de los venezolanos.

o. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1922, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas el 19-6-1922, mandada a ejecutar por el Presidente V. Márquez Bustillos, el 24-6-1922: Artículo 22, numeral 14, ordinal 2°, del Título III, Garantía de los venezolanos.

p. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1925, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, el 24-6-1925, mandada a ejecutar por el Presidente J. V. Gómez el 1-7-1925: Artículo 32, numeral 15, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

q. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1928, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas 22-5-1928, mandada a ejecutar por el Presidente J. V. Gómez el 23-5-1928: Artículo 32, numeral 15, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

r. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1929, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, el 29-5-1929, mandada a ejecutar por el Presidente J. B. Pérez el mismo día: Artículo 32, numeral 15, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

s. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1931, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, el 7-7-1931, mandada a ejecutar por el Presidente P. Itriago Chacín el 9-7-1931: Artículo 32, numeral 15, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

t. La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936, sancionada por el Congreso de de los Estados Unidos de Venezuela, en Caracas el 16-6-1936, mandada a ejecutar por el Presidente E. López Contreras el 20-7-1936: Artículo 32, numeral 17, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

u. La Constitución de 1945, sancionada por el Congreso de de los Estados Unidos de Venezuela, el 23-4-1945, mandada a ejecutar por el Presidente

Isaías Medina A. el 5-5-1945: Artículo 32, numeral 17, literal b, del Título II, De los venezolanos y sus deberes y derechos.

v. La Constitución de 1947, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas el 5-7-1947, mandada a ejecutar por la Junta Revolucionaria de Gobierno encargada del Poder Ejecutivo, presidida por Rómulo Betancourt, el mismo día: Artículo 30, ordinal 5°, del Título III, Capítulo II, Garantías Individuales.

w. La Constitución de 1953, sancionada por la Asamblea Constituyente, en Caracas el 11-4-1953, mandada a ejecutar por el Presidente Marcos Pérez Jiménez el 15-4-1953. En este texto constitucional se redujo considerablemente el catálogo de garantías fundamentales del ciudadano (artículo 35), que fue tradición en Venezuela, y, entre los suprimidos, estuvo el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Esta realidad, contrasta radicalmente con la precedente, y se explica por el régimen político de autoritarismo extremo dentro del cual fue promulgado el texto, lo cual no fue visto en ningún otra Constitución de la República, ni siquiera en regímenes tan aberrantes como el de Juan Vicente Gómez, en los cuales se consagró el mismo, aunque fuera por simple apariencia. En el texto comento se elimina además la garantía del juez natural, lo cual permitía el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por tribunales *ad-hoc*.

x. La Constitución de 1961, sancionada por el Congreso de la República, el 23-1-1961, y mandada a ejecutar por el Presidente Rómulo Betancourt el mismo día: Artículo 60, ordinal 2°, Título III, Capítulo III, Derechos individuales.[24]

y. La Constitución de 1999, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 16-11-99, y por referéndum aprobatorio el 15-12-99, se proclamó el 20-12-99 y se promulgó el 30-12-99: Artículo 49, numeral 6, Capítulo III, Título III, De los derechos humanos y garantías, y de los deberes.[25]

---

24. Esta norma corrige la reducida extensión del principio de legalidad penal que por mucho tiempo se mantuvo en varios textos constitucionales, el cual quedó en los términos siguientes: "Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta."

25. "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes." Esta versión del principio de legalidad regresa a la fórmula que tuvimos en la Constitución de 1819, que fue muy completa, no obstante hay que reconocer que en el actual texto Constitucional existen otros preceptos que amplían aún más este principio y lo hacen hasta cierto punto más garantista, salvo por la reserva legal en materia penal, cuya imprecisión podría interpretarse como una puerta abierta para que el Presidente de la República pudiese crear figuras delictivas.

IV. EL INCOHERENTE PLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1999

Llama poderosamente la atención la formulación que hace el Constituyente del principio de legalidad sustantivo penal. Aun cuando en el artículo 2 se define el marco político de nuestra nación como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, y los valores y demás derechos fundamentales del ser humano parecieran estar enunciados como los ingredientes esenciales de cada uno de esos componentes (del Estado democrático, del Estado social, del Estado de Derecho y del Estado de Justicia), que cumplirían una labor limitadora del *ius puniendi* estatal, esto, paradójicamente constituiría un espejismo, tanto por el tono marcadamente ideológico que se le otorgó al texto constitucional, como por la forma en que se planteó el principio de reserva legal en el ámbito penal (sub-principio que se deriva del principio de legalidad).

En términos generales hay una contradicción que anularía toda la eficacia que pudiera recogerse de la profusa normativa relativa al principio de legalidad. Ella emana de la potestad genérica que se le otorga al Presidente de la República de dictar, previa habilitación para ello, decretos con fuerza de ley, sin especificar la materia para la que se le autorizaría legislar.

En efecto, en el mismo precepto en el que se entiende que las normas penales han de tener el rango de orgánicas (artículo 203: dado que a través de ellas se afecta el derecho constitucional de libertad del perseguido), se consagra la figura de las leyes habilitantes de la siguiente manera:

> "Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley..."

Por su parte, el numeral 8 del artículo 236 del mismo texto constitucional establece que, entre las atribuciones del Presidente de la República, está la de "dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley."

Obsérvese, primero, que la leyes habilitantes son reguladas dentro de las leyes orgánicas, con lo cual, a pesar de que una y otra requieren de una mayoría cualificada distinta (las primeras demandan una cuantía menor: tres quintas partes, que las segundas: dos terceras partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional), y que sólo a través de las orgánicas es que debieran crearse figuras delictivas (dado que es una mayor representación del pueblo la que está votando por ellas, y así debe ser por el derecho constitucional que está en juego: el de la libertad del inculpado), podría interpretarse descabelladamente, que las leyes

habilitantes pudieran llegar a tener, en algunos casos, el rango orgánicas, en el supuesto de que la delegación legislativa otorgada para ellas emanase de las mismas dos terceras partes exigidas para esta última clase de leyes.

En segundo lugar, vemos que hay un silencio en la disposición que regula las leyes habilitantes, en cuanto a la materia en la que se puede autorizar al Presidente, lo cual podría tergiversarse fácilmente y pensarse que él podría legislar en cualquiera de ellas, aun en la penal.

Al contrastar estas normas del texto de 1999 con las de la Constitución de 1961, encontramos claramente el peligroso defecto semántico que acabamos de advertir. Es más, ni en la disposición alusiva a las leyes orgánicas del segundo de los textos señalados, ni en ningún otro precepto del mismo referido a las leyes, se habló de leyes habilitantes que autorizasen al Presidente a dictar Decretos, con fuerza de ley.

En donde se encuentra una disposición alusiva al tema es en el ordinal 8° del artículo 190, cuando entre las atribuciones del Presidente de la República, dicha Constitución de 1961 asignaba la de:

> "Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial."

Vemos pues que correctamente la Constitución de 1961 llegaba sólo a permitir al Presidente, previamente habilitado para ello por ley especial, a dictar medidas extraordinarias (que aunque comprendía normas jurídicas no hablaba de decretos con fuerza de ley), específicamente en materia económica o financiera, y, como requisito adicional, sólo cuando lo requiriese el interés público. Esto significa que dicho alto funcionario podía dictar excepcionalmente leyes, pero únicamente en el terreno económico o financiero, de ninguna manera en el penal. Aquí tenemos que se trató de la atribución de una potestad legal estrictamente limitada a esos temas, con lo cual, quedaba excluido cualquier otro.

No obstante, y muy a pesar de ello, debemos señalar que durante la vigencia de dicho texto de 1961, encontramos un ejemplo de violación de la reserva legal materializado en la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, creadora de figuras delictivas, durante la transitoria presidencia del doctor Ramón J. Velásquez.

Como dijimos, esto no pasó con el texto de 1999, en el que no se especificó la materia, con lo cual, se dejó abierta la posibilidad de tergiversar tal facultad y, en virtud del ejercicio del poder político, se podría mal interpretar que el Presidente de la República pudiese legislar en el tema penal.

Pues bien al tratar esta garantía de la reserva legal en la Constitución de 1999, entendida en el sentido de que sólo la ley formal puede establecer limitaciones y restricciones a los derechos, nos dice Brewer-Carías que "se violentó en el propio texto constitucional, al regular la 'delegación legislativa' al Presidente de la República, mediante las llamadas 'leyes habilitantes' (art. 203), para poder dictar actos con rango y valor de ley en cualquier materia (art. 236, ord. 8) que en la Constitución de 1961 sólo estaban reducidos a materias económicas y financieras (art. 190, ord. 8). Esto podría abrir la vía constitucional para la violación de la reserva legal que, como se dijo, es la garantía constitucional más importante en relación con la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos humanos.

-Sigue diciendo el autor que- la Corte interamericana de Derechos Humanos, en todo caso, ha decidido formalmente en la opinión consultiva OC-6/86 de 9-3-86 que la expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención sólo se refiere a las emanadas de 'los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente electos', por lo que en ningún caso las leyes habilitantes podrían autorizar al Presidente de la República para dictar 'decretos-leyes restrictivos de derechos y garantías constitucionales"[26]

Pero no es ésta la única imprecisión del constituyente de 1999, existen otras, configuradas, por ejemplo, por valores de un altísimo grado de indeterminación (como el de justicia) que permitirían manipulaciones conceptuales por quienes administran justicia o ejercen cualquier posición política (entendida ésta como ejercicio del poder), y que hacen subjetiva, es decir, relativa la interpretación de la función pública. Con ésto el poder puede volverse excesivo, irracional, y, por consiguiente, arbitrario.

Veamos en el punto siguiente cómo la administración de justicia vulnera el principio de legalidad sustantivo penal a consecuencia de una interpretación extensiva de la ley, precisamente por el marco ideológico natural dentro del cual fue construido el texto constitucional de 1999.

V. UNA SENTENCIA QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN VIRTUD DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY PENAL

En fecha 21 de diciembre de 2000, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia desvinculada de la legalidad. A través de ella,

---

26. BREWER-CARÍAS, A. R. *La Constitución de 1999*. Segunda edición. Editorial jurídica venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2000, pg. 167.

como veremos, el juzgador creó una pena, en contravención con el principio de aplicación estricta de los preceptos penales establecidos por el legislador a través del Código Penal.

No se trató ni siquiera de una interpretación analógica, sino que paradójicamente, sustentado en el valor justicia, en el de la proscripción de las formalidades no esenciales y en el de la favorabilidad del inculpado, en franca violación de la reserva legal se le asignó al tipo de homicidio intencional simple (artículo 407 del Código Penal) una pena distinta a la que le estableció el legislador, creándose una sanción intermedia entre ésta y la del homicidio culposo (artículo 411 *ejusdem*), para no condenar al perseguido a una pena tan alta como la del primero de los nombrados, dado que pretendidamente en dicho tipo sólo quedaría comprendido el homicidio con dolo directo, pero no con dolo eventual.

En efecto, a pesar de que en el Código Penal el tipo legal de homicidio doloso simple, sea dicho dolo de la índole que sea (directo o eventual), tiene una única pena, en el controvertido fallo sorprendentemente se estableció:

> "De lo anteriormente expuesto se concluye en que la recurrida violó el artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 'ejusdem' por falta de aplicación...Ahora bien: el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 'ejusdem' establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la *intención* de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de culpabilidad, puesto que sí hubo *intención* homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención *no fue directa y perfecta,* sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2° y 4° del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad conciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo), por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN...En consecuencia, CONDENA al...imputado...por el delito de HOMICIDIO INTENCIONAL, previsto en el artículo 407 del Código Penal..."

Del texto trascrito se desprenden las siguientes conclusiones:

a. Que la disposición aplicable al caso sentenciado es la contenida en el artículo 407 del Código penal.

b. Que el artículo 61 del Código penal dizque no se refiere al dolo eventual.

c. Que cuando el precitado artículo 61 del Código penal alude a la intención de cometer un delito supuestamente no se está comprendiendo al dolo eventual, con lo cual estaría queriendo decir que no hay regulación del mismo en ese Cuerpo legal.

d. Que en el agente del delito que se juzga sí hubo intención homicida, pero que no fue directa y perfecta sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa.

e. Que el valor justicia impide castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con "dolo absoluto" (o de "primer grado"), al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad, lo cual no seria resuelto con la simple aplicación de atenuantes genéricas, que sólo rebajarían la pena a su límite mínimo de doce años.

f. Que pretendidamente esta situación constituye una laguna legislativa que ha de resolverse con base al valor justicia, *favor rei,* y el de la prohibición de formalismos inútiles, con la creación para el caso en concreto de una pena, intermedia entre el tipo legal que ha de ser aplicado (en su supuesto de hecho pero no en su consecuencia jurídica) del homicidio intencional simple y el del homicidio culposo, la cual se ubica en ocho años y seis meses de prisión.

Como vemos, el juzgador hizo algo que unánimemente, y que desde la época de la ilustración, está proscrito en el Derecho penal: la creación de una pena. Sin importarle la garantía penal, derivada del principio de legalidad, que obliga al juez a aplicar la pena preestablecida por el precepto jurídico (*nulla poena sine lege*), se estableció una pena distinta a la que tiene asignada el tipo que pretendidamente se aplica. En efecto, a pesar de subsumir la conducta en el homicidio simple del artículo 407 del Código penal, que prevé una sanción de doce a dieciocho años de presidio, ordenó aplicar al condenado una pena inferior al límite mínimo, al ubicarla en prisión de ocho años y seis meses, lo cual está prohibido cuando no preexista autorización legal, que para este caso no existía (artículo 37 del Código Penal).

Lo que aquí se produjo fue una desvinculación del juzgador de la legalidad y de los principios generales del derecho, con base en una supuesta laguna legal y la pretendida aplicación de unos valores Constitucionales. Lo que queremos decir es que ni la legalidad, ni los principios del ordenamiento, y por consecuencia, los máximos valores fueron respetados. Con independencia de que el agente del delito hubiese actuado efectivamente con dolo eventual, que no es lo que aquí evaluamos por escapar de nuestro estudio, cualquiera de esos niveles de la interpretación jurídica impiden que el juzgador penal, en su recreación normativa, atribuirle a una disposición jurídica una pena distinta a la asignada previamente por el legislador, por más que en su opinión sea más favorable al perseguido.

Si la duda que existía en el caso que nos ocupa recaía sobre la clase de intención del sujeto activo el juzgador debió aplicar la pena prevista para el supuesto de hecho del artículo en que encuadró la tipicidad, es decir, la del homicidio simple; pero si ella recayó sobre la intención misma, la misma favorecía al reo, y debió conllevar a la aplicación de la fijada para el homicidio culposo.

Es arbitrario señalar que el dolo eventual constituye legalmente una hipótesis dolosa que no puede ser encuadrada dentro del artículo 61 del Código Penal, y, que por tal razón y por no ser tan grave como el dolo directo, autorizaría la aplicación de una pena menor que la prevista para el caso del homicidio intencional simple, contemplado en el artículo 407 del Código penal. Un autor reconocido, como lo es el doctor Alberto Arteaga Sánchez, al tratar coincidencialmente el mismo tema de la compatibilidad o no de las distintas figuras del dolo directo, de consecuencias necesarias y el eventual con la regulación del dolo en nuestra legislación positiva, la cual, como precisa, identifica el dolo con la intención de realizar el hecho constitutivo del delito (artículo 61), interpreta acertadamente lo siguiente:

> "...conviene ahora recalcar que *consideramos que las hipótesis del denominado dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual caben perfectamente en el dolo entendido como intención, tal como lo concibe nuestra legislación.* El dolo es, esencialmente, intención. Ahora bien, nada se opone a que entendamos este concepto de intención en un sentido amplio, no restringido exclusivamente a los supuestos de hechos directamente queridos, en que se da una perfecta y directa correspondencia entre la voluntad y el hecho, sino comprensivo de aquellos casos en que si bien no se da tan exacta correspondencia, el resultado no perseguido directamente está necesariamente unido al estrictamente intencional o unido por un vínculo de posibilidad que

implica además en este último caso que el sujeto haya aceptado tal resultado posible o, como expresa Musotto, que el sujeto haya actuado sin asumir una neta posición negativa con relación a tal resultado posible...Por tanto, pues... *no vemos ninguna dificultad por la cual pueden considerarse incompatibles con nuestro sistema, y con el concepto de dolo contenido en nuestra ley positiva las hipótesis denominadas por la doctrina del dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual.*"[27] (Destacados nuestros).

Con lo expuesto el conocido doctrinario está recalcando claramente que todas las clases de dolo caben dentro del artículo 61 del Código Penal, lo cual implica que el legislador no hizo distinciones al momento de definir las figuras delictivas dolosas, atendiendo a algún criterio de clasificación del dolo, sino que cualquiera que fuese su clase (directo, de consecuencias necesarias o eventual) estará abarcado por el tipo doloso en particular. Por ello es que en la parte especial de nuestro Código penal no encontramos delito doloso alguno agrupado conforme a la clase de dolo con que se cometa, lo máximo que hizo el legislador fue agravar en ciertos casos en forma específica los tipos legales pero obedeciendo a otros criterios político criminales (en el caso del homicidio: el medio empleado, la insidia de la que se haya valido, la relación de parentesco con el sujeto pasivo y la cualidad de éste último).

Todo lo anterior refleja pues que no sólo el Presidente de la República, sino que los jueces, y, hasta podríamos decir, cualquier funcionario público podría, por supuesto que inconstitucional e ilegalmente y con base a una interpretación propia de los valores Constitucionales, transgredir el principio de reserva legal en el campo penal, y crear delitos, penas, procesos y hasta ejecuciones para cada caso en particular.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto podemos afirmar que el principio de legalidad sustantivo penal ha tenido sus altibajos a lo largo de nuestra historia Constitucional. A pesar de las influencias ejercidas por las revoluciones norteamericana y francesa en los textos constitucionales venezolanos, unas veces más que otras hemos tenido formulado dicho principio en un grado mayor o menor de adecuada formulación.

La explicación que encontramos al hecho de que el principio de legalidad en materia penal no se haya perfeccionado con el tiempo a través

27. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho penal venezolano*. Novena edición. Mc Graw Hill. Caracas, 2001, pg. 246.

de esos textos constitucionales obedecería a la permanente conflictividad política que ha caracterizado nuestra historia, y, por lo demás, a la falta de voluntad también política por parte de los legisladores, muy pocos de ellos con conocimientos jurídico-penales.

Pero lo que es inaceptable es su planteamiento a esta altura de nuestra historia nacional, que no debiera estar desligada de la del resto del mundo civilizado y que supuestamente está enmarcada en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Es principio internacional que la creación de las reglas penales debe ser de la exclusiva competencia del poder legislativo, y no a través de cualquier ley, sino de la orgánica, por ser ésta la que exige mayor cantidad de votación de los representantes del pueblo (mayoría calificada) en razón del derecho de libertad del perseguido penal.

Pues bien, el texto Constitucional de 1999 inexplicablemente, a pesar de desarrollar una serie de disposiciones relativas al principio de legalidad material penal, todas ellas comprensivas de los requisitos y demás garantías que tal principio implica, al momento de tratar el de la reserva legal en este campo, es tan impreciso que ha permitido y, probablemente permitirá, la flagrante violación del mismo, convirtiendo al máximo mandatario nacional, y a algunos operadores del sistema penal, en administradores y disponedores de dicho principio, quienes al darle su propia interpretación (con base a la tergiversación de ciertos valores Constitucionales) se convertirán en legisladores de delitos y de penas.

De *lege ferenda* sería recomendable, en una próxima reforma o enmienda Constitucional, aclarar este aspecto del principio de legalidad, relativo al de la reserva legal, limitando la delegación legislativa del Presidente de la República a través de leyes habilitantes a ciertas materias, que permita excluir sin duda alguna la penal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA SÁNCHEZ, ALBERTO. *Derecho penal venezolano*. Novena edición. McGrawHill. Caracas, 2001.

BECCARIA. *De los delitos y de las penas*. Según el texto publicado en Florencia en 1862, por César Cantú. Versión Castellana por Pascual Vincent. Madrid, 1879.

BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH. *Las Constituciones de Venezuela.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Arauco Ediciones C.A. Caracas, 1997.

BREWER-CARÍAS, A. R. *La Constitución de 1999.* Segunda edición. Editorial jurídica venezolana. Editorial Arte. Caracas, 2000.

CASAL, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional.* UCAB. Caracas, 2000.

COMBELLAS, RICARDO. *Derecho Constitucional.* McGrawHill. Caracas, 2001.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA JUAN. *Derecho penal fundamental.* Tomo I. TEMIS. Santa Fe de Bogotá. 1995.

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. *Código Penal de Venezuela.* Vol. I. Artículos 1 al 67. Caracas, 1981.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos internacionales de Protección de los derechos humanos.* Tercera edición. San José de Costa Rica. 1999.

MENDOZA TROCONIS, JOSÉ RAFAEL. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General.* Tomo I. Octava edición. Empresa El Cojo C.A. Caracas, 1981.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General.* Segunda edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

SOSA CHACÍN, JORGE. *Derecho Penal.* Tomo Primero. Introducción – La Ley Penal. Segunda edición. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1978.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Revista de Derecho 3.* Caracas. 2001.

RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LA POLÍTICA EXTERIOR

Bases para su establecimiento en la Constitución de 1999

POR JUAN CARLOS SAINZ BORGO M.SC.*

INTRODUCCIÓN

El presente texto es una visita a la propuesta de régimen administrativo de la Política Exterior que procura la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En primer lugar, es importante comenzar este artículo aclarando lo que entendemos como "Régimen Administrativo de la Política"; nos referimos a ese "sub-sistema" de la Administración Pública, encargada de adelantar las políticas que administran las relaciones de Venezuela con el entorno mundial. No es una visión decimal de un órgano de la burocracia estatal; es una actuación coordinada y convergente de distintos elementos que conforman la administración del Estado en sentido amplio, que promoviendo empalmes con la sociedad civil, procura la representación en la comunidad internacional.

Sin embargo, las variables sobre el tema han fluctuado tradicionalmente, desde el manejo de la política exterior como un atributo exclusivo del Jefe del Estado hasta los ejercicios más avezados de desconcentración administrativa.

---

*. Abogado y Especialista en Derecho Internacional UCV y M.Sc. Oxford. Investigador -Docente con el rango de Asistente del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Cualquier comentario puede ser enviado a jcsainz@cantv.net o www.sainz-borgo.com

Todas las decisiones que le dieron forma a lo que hoy conocemos como el territorio de Venezuela, fueron conocidas por el país, una vez ejecutadas. Por otra parte, la gran discreción del poder legislativo en estas materias y la convicción de que el problema debía ser manejado en esos términos, discretos y alejados de la realidad le han dado forma al tema en nuestro país.

La Constitución de 1999 y otras leyes que la desarrollan intentan dibujar un aparato burocrático, altamente coordinado que permita estructurar una respuesta global del Estado venezolano en sus relaciones exteriores. Sin embargo, la práctica de la cotidianidad refleja una realidad distinta.

El tema es una variable de constante discusión en el mundo. Algunas administraciones han desarrollado complejos aparatos de coordinación, como es el caso en los Estados Unidos del "National Security Adviser", quien intenta coordinar las labores del Departamento de Estado y el resto de las unidades con responsabilidades internacionales o el caso de los esfuerzos de coordinación de los Estados Europeos miembros de la Unión Europea, al tratar de coordinar la posición nacional al interior del proceso integrador o federal europeo, intentando englobar distintos niveles de la administración pública.

Este papel aspira reflejar algunas de las ideas alrededor de la formulación de la política exterior en Venezuela, la propuesta de regulación constitucional y legal vigente a partir de 1999, sin pretender crear una nueva visión sobre el tema, solo buscamos contrastar algunas propuestas teóricas desarrolladas a lo largo de los años en nuestro pais, con las ideas expuestas en la Constitución de 1999.

I. UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE POLÍTICA EXTERIOR EN VENEZUELA

La política exterior Venezolana debe ser vista en general y en particular, para los objetivos del presente trabajo, como un sub-sistema de la administración pública, tal y como lo propusiera a comienzo de los años 80 Juan Carlos Rey.[1]

La principal característica de la política pública como tal, se basa en las relaciones que se establecen entre los formadores y ejecutores de la política con su entorno, particularmente a través de los medios de comunicación y la opinión pública. Muchos han visto en los muros de la "Casa Amarilla" una caracterización de los dos escenarios que se presentan: la política exterior *versallesca*, para referirse a la pomposa forma de hacer política exterior entre oropeles y por el otro lado la política entendida como acción popular, donde los actores se desplazan

1. Juan Carlos Rey. *Ensayos de Teoría Política.* Caracas 1980.

de su escenario natural diplomático, para defender los intereses del gobierno en ámbitos más abiertos, tanto nacional como internacionalmente.

Al analizar la política exterior como una política pública, Elsa Cardozo le asigna cuatro características: a. El Estado es un actor colectivo, compuesto por múltiples organizaciones, cuyas relaciones y competencias no están siempre definidas de manera taxativa, inequívoca y jerárquica; b. En los distintos actores se añade una difusión y confusión del poder decisión y ejecución; c. La diversidad de preferencias en juego en cada decisión es también propia de los procesos de decisión política; y por último, d. Las alternativas son construidas, evaluadas y seleccionadas a partir de información imperfecta, ya que ésta es elaborada a través de organizaciones que las evalúan a partir de sus propios intereses, percepciones y criterios de racionalidad y *que administran esa información como uno de sus recursos de poder.*[2]

De la anterior definición podemos destacar una importante diferenciación entre las funciones de un sistema de política exterior. En primer lugar, la función coordinadora de los distintos elementos de la administración del Estado y en segundo lugar, cómo se administran estos flujos de información, tanto hacia adentro como hacia fuera.

1. La función coordinadora

En términos teóricos constitucionales, el Presidente de la República es el Jefe del Estado y como consecuencia y a título personal es el jefe de la política exterior, o por lo menos así lo era hasta la Constitución de 1961.

La Constitución de 1961 refleja el modelo de "conciliación de elites" que se instaura en Venezuela a partir de 1958 con la firma del Pacto de Punto Fijo y se establece dentro de una concepción monocentrica, de manera que se crea un modelo de toma de decisiones de políticas públicas que tiende a fundamentar su acción en la definición de una agenda reducida al pacto entre elites y fundamentada en la búsqueda del consenso y el rechazo al conflicto. Se planteo que esto fuera así en la medida que esperaba que esto permitiría consolidar las bases del sistema democrático.[3]

---

2. Elsa Cardozo. *El proceso de toma de decisiones en la política exterior de Venezuela* en Carlos Romero (Ed.) *Reforma y política exterior en Venezuela.* Editorial Nueva Sociedad. Caracas 1992. Página 79.

3. Latouche Reyes, Miguel Angel. *Democracia y Política Exterior de Venezuela: Desafíos y Tendencias.* Revista Politeia No. 28. Instituto de Estudios Políticos . Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas 2002. Página 119.

Como consecuencia del deterioro del sistema político, este subsistema fue perdiendo coherencia y presentando importantes fisuras como veremos más adelante.

Sin embargo, en cuanto a los manejos de información hacia el interior del sistema de política exterior en Venezuela, se ve reflejado claramente al intentar construir puentes fuera del propio sistema. Este hecho se ve reforzado por el importante manejo que la burocracia ocupa dentro del sistema. 'Sin embargo, precisamente uno de los rasgos derivados del crecimiento y la especialización del sistema de política exterior es que, de facto, la burocracia instrumental puede transformarse en burocracia política a medida que los funcionarios ejecutores acumulan poder de decisión, sea por su conocimiento específico del asunto, por vinculaciones organizacionales y personales, por su habilidad negociadora, o simplemente porque pueden desviar los efectos de una decisión, sabotearla, ignorarla y hasta contravenirla'.[4]

Desde el punto de vista teórico, existe un amplio debate sobre la forma como deben interactuar los burócratas con la población en general, y en particular con la opinión pública, en la formación de la política exterior.

La escuela *Realista* cree que la opinión pública debe estar suficientemente informada y motivada en relación con los temas de educación y cualquier otro tema doméstico que tenga influencia directa sobre su nivel de vida, sin embargo los asuntos relativos a la política exterior están demasiado lejos de su conocimiento y, en cualquier caso, tiene poco tiempo o inclinación para enterarse suficientemente de temas tan complejos y remotos como son los que constituyen la agenda exterior.[5]

Algunos diplomáticos y encargados de los temas de política exterior se consideran seguidores de esta escuela y enfatizan en su defensa, que la efectiva diplomacia está basada en el manejo sensible de la inteligencia y en la información confidencial que no puede ser compartida con el público.[6]

Como dijéramos antes, el sistema venezolano presenta una tendencia al monocentrismo:

---

4. Ibid. Página 86.
5. O. Holsti. *Public Opinion and American Foreign Policy,* Michigan, 1996, página 6.
6. O. Holsti, *Ob. Cit.,* D. Newson, *Diplomacy and American Democracy,* Indiana 1988; Glasgow University Media Group, *The Falklands Conflict: The Home Front,* Edimburg 1996 and A. Yaniv, *National Security Democracy in Israel,* London 1993.

> "una sola organización de carácter central domine a las restantes organizaciones, (sea) la última y decisiva procesadora de demandas y (determine) por sí misma su grado de intervención en el orden internacional de las demás organizaciones, de modo, que en resumen, el conjunto de la estructura esta dominado por la relación de supra y subordinación intraorganizacional (y donde) la organización central pretende regular, cuando no determinar, los imputs que van a recibir cada uno de sus susbsitemas o de sus componentes y los outputs que van a generar".[7]

Estos postulados como forma de manejar el Estado, nos coloca en una posición claramente antidemocrática y particularmente contradictoria frente a los postulados teóricos que plantea la Constitución de 1999 en cuanto al manejo de las políticas públicas, que en su articulado establece lo siguiente:

> "Art. 141. La administración pública está al servicio de la ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho."

Sin embargo, este postulado teórico de la Constitución representa una larga evolución de la gerencia del tema. Sólo en los años más recientes la voz de la opinión pública ha sido sistemáticamente tomada en cuenta por parte de los que tienen responsabilidad en la formación de la opinión pública.

Por ejemplo, en los Estados Unidos de América estos hechos han sido tomados en cuenta desde la Segunda Guerra Mundial, cuando las mediciones de la opinión pública se convirtieron en una parte muy importante del proceso de toma de decisiones.[8]

En los años 70 del siglo XX, planteaba Diego Bautista Urbaneja, que la nuestra es una política poco representativa de los intereses de la nación y que a juicio de Latouche Reyes permanece en el tiempo, frente a la creciente complejización de las relaciones en la sociedad venezolana.[9]

En nuestro país, la Constitución de 1999 representa una salto cualitativo muy importante en cuanto a la forma como deben sentarse las bases del tema. Muchos autores[10] propugnaban, desde hace muchos años, la necesidad de

---

7. Garcia Pelayo, 1976. citado por Latocuhe Reyes, Ob. Cit. Página 123.
8. O. Holsti, *Op. Cit.*, página 15.
9. Latouche Reyes, Ob. Cit. Pag. 123.
10. Entre otros: Diego Bautista Urbaneja, Leandro Area, Carlos Romero, Manuel García Pelayo, Elsa Cardozo, Eva Josko, entre otros.

construir un sistema de tipo pluricentrico, donde existiera un clima institucional que favoreciera una más legitima toma de decisiones.

La reforma constitucional paso de un modelo teórico de la absoluta sumisión a las ordenes presidenciales a un marco regulatorio que faculta al Ejecutivo a solicitar referendos consultivos nacionales[11] y en particular para asuntos internacionales, acercando los temas de la agenda nacional a la discusión nacional.[12] En especial llama la atención el reiterado número de veces que el Presidente Hugo Chávez ha condicionado la participación venezolana en el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) a un referéndum consultivo.

Sin embargo, en Venezuela, desde una perspectiva histórica, el mejor ejemplo de la escuela "realista" esta representado por la aprobación del Tratado de 1941 con Colombia. Ambos países trataron de solucionar sus diferencias sobre el limite común a través de un Arbitraje de la Corona Española en 1891. Desde el punto de vista Venezolano este laudo fue claramente desfavorable, otorgándole a Colombia territorios que habían pertenecido a la Capitanía General de Venezuela antes de 1810.[13] Venezuela protestó por el resultado del mismo e hizo importantes esfuerzos para cambiar el resultado final del Laudo Arbitral. Estos hechos fueron de distintas índole, comisiones bilaterales, e incluso un nuevo arbitraje realizado por el Consejo Federal Suizo. Finalmente, en 1941 los Gobiernos de Venezuela y Colombia firmaron un "*Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Demarcación de Ríos Comunes*", el cual aspiraba la finalización de las disputas territoriales entre ambos países.

Cincuenta años habían pasado desde la aprobación del Laudo Arbitral de 1891 y de la culminación del proceso de delimitación. Pero cuando el Tratado fue presentado ante el Congreso Nacional venezolano para su aprobación, el país había evolucionado de un régimen autoritario a un sistema con mayores

---

11. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999. Artículo 71.

12. "Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional cuando así lo decidan por lo menos las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un si aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por cierto de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral, el proyecto correspondiente será sancionado.

    Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieran comprometer la soberanía 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 o inscritas en el Registro Civil y Electoral."

13. Para una visión amplia sobre el problema ver: E. Herrera, *Por que se ha reducido el territorio de Venezuela ?*, Caracas 1990; A. Angeli, *Agravios de Venezuela a Colombia,* Caracas 1981.

libertades públicas y participación política gracias al General Eleazar López Contreras, el cual en su mandato se había esforzado por promover un mayor grado de libertad y democracia.

Las discusiones para la aprobación del Tratado de 1941 abrieron la puerta para la primera discusión pública de un tema de política nacional. Un examen del debate que se desarrolló en la Cámara de Diputados puede darnos una interesante visión del problema. Los protagonistas de esa jornada fueron: Andrés Eloy Blanco, Pedro José Lara Peña y el joven Rafael Caldera.

El 17 de Junio de 1941 el tratado fue aprobado por la mayoría parlamentaria gubernamental de 51 votos. Sin embargo un grupo de jóvenes diputados abrió un amplio debate, del cual extraemos algunos fragmentos:

El Diputado Juan Guglielmi, expreso en las sesiones de la Cámara de Diputados:

> "Por más paradójico que parezca el problema de mayor importancia que haya tenido Venezuela, éste de la demarcación de su frontera con Colombia, es también el que ha permanecido en un grado de ignorancia para nuestro pueblo, para casi toda la opinión pública nacional. A través de un siglo largo, la República se ha encontrado a ciegas en la enorme extensión de sus dominios sin saber cuáles eras todos los que la integraban, ni cuantos de ellos se le reclamarían como ajenos; y a través de ese siglo largo, llegaron a su colmo algunos pactos y actos de alinderamiento entre Venezuela y Colombia, iniciados siempre a puertas cerradas en las Cancillerías y luego consumados como entre un "vasto silencio de leones", silencio que tan grato y propicio fue para todo lo que paso en este país desde 1909 hasta 1935."[14]

El Diputado Guglielmi, por el Estado Táchira, pronuncia una fuerte intervención donde hace hincapié en los dos temas claves para el momento: la continuación de la política gomecista, a través de las discusiones limítrofes de las "*siempre cerradas puertas de las Cancillerías*" y detener los despojos territoriales consumados a finales del siglo XIX sin que la opinión pública se hubiera enterado.

Otra intervención muy propicia para comprender la visión venezolana del tema, la representa el Diputado Rafael Caldera, quien diría lo siguiente:

> "*Con varios directores de periódicos he cruzado opiniones al respecto, y todos nuestros diarios han sido de la opinión que el menor artículo, la*

14. Congreso Nacional. *Diario de debates 1941*. Página 15.

menor línea, la menor sugestión sobre un problema territorial con Colombia era comprometer nuestras relaciones internacionales y meternos en un sendero de luchas estériles. El Tiempo, El Siglo, los mejores rotativos de la capital colombiana y de todos los pueblos de Colombia sí han ventilado ese problema y el pueblo colombiano sabe que es lo que le da y lo que le quita ese tratado. Y la prensa colombiana, que unánimemente lo ha aplaudido, conoce bien el terreno sobre el cual pisa."[15]

La intervención de Caldera quien, como personaje, llena una parte muy importante la política nacional contemporánea, refleja dos constantes en el discurso comunicacional tradicional venezolano: propiciar debates sobre los temas territoriales en particular e internacionales en general, *comprometen nuestras relaciones internacionales y nos meten en senderos de luchas estériles*. Esta ha sido y es en muchos de los personajes que defienden la posición gubernamental, propiciando la aparición de dudas y especulaciones que han dado al traste con importantes iniciativas, que no fueron adecuadamente administradas a través de los medios de comunicación.

La prensa no se hizo eco de la aprobatoria de este tratado. Los diputados que votaron en contra del mismo dejaron por escrito su negativa al texto del mismo[16], ya que con él se cerraba teóricamente el proceso de demarcación de la frontera con Colombia.[17]

Esta visión de la creación de problemas como consecuencia del papel jugado por los medios de comunicación es un reflejo de la "Escuela Realista" a la que hacíamos referencia anteriormente. Los medios de comunicación pueden crear problemas en el ámbito internacional, sin tener la intención de hacerlo.

Otra forma de ver el papel de los medios de comunicación en la formulación de la política, se basa en la utilización de los escenarios externos en beneficio de intereses domésticos. Uno de los grandes aportes para comprender este proceso, ha sido dado en llamar "El Juego de los dos Niveles"[18].

---

15. Congreso Nacional. *Diario de debates 1941*. Página 12.
16. Los Díputados fueron: D. Navarro Mendez, Carlos Nava Spinola, Pedro José Lara Peña, Rafael Caldera, Andrés Eloy Blanco, German Suarez Flamerich y Ricardo Hernandez Rovatti.
17. Tratado de 1941, Artículo 1: "Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia declaran que la frontera entre las dos naciones está en todas sus partes definida por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre materia de límites quedan terminadas..."
18. R. Putnam, "Diplomacy and domestic politics" *International Organization Magazine*. N.Y. Volume 1987.

Sirva un ejemplo de la problemática colombo-venezolana: en Noviembre de 1952, el Presidente de la Junta de Gobierno, General Marcos Pérez Jiménez, hizo uso del incidente con Colombia por el Archipiélago de Los Monjes con fines internos. Los importantes recursos asignados a las fuerzas armadas y su rol dentro de la sociedad, fueron reforzados a través un uso contundente y público del poderío militar venezolano. Es importante recordar los rumores sobre la debilidad militar de Venezuela en relación con Colombia, a la firma del Tratado de 1941[19].

A raíz de un incidente surgido por la asignación por parte de Colombia de concesiones en el Archipiélago Venezolano, el Gobierno formuló un plan para consolidar su posición en la zona, basado en la supremacía militar y aérea. Asimismo, se ordenó la construcción de un faro en la isla principal para completar este plan. Sin embargo, en Agosto en el medio de las conversaciones diplomáticas para regular la situación, la fragata colombiana ARC Almirante Padilla, cañoneó el Archipiélago[20]. Las conversaciones y gestiones diplomáticas fueron suspendidas.

En el frente diplomático, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela llamó al Embajador Colombiano y pidió el cese inmediato de hostilidades en el área. Desde el lado militar, el gobierno ordenó maniobras militares en el área[21]. El 22 de Noviembre de 1952, el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, envió la nota No. GN-542, en la cual reconocía la completa soberanía de Venezuela en la zona.[22]

Con los flujos informacionales bajo control del gobierno militar, las noticias sobre la fragata colombiana cañoneando territorio venezolano, fueron rápidamente esparcidas por los medios de comunicación, sin ninguna dilación ni cuestionamiento. El incidente ayudó mucho en la consolidación del Gobierno y de la imagen personal del General Marcos Pérez Jiménez como defensor de la patria.

Este incidente puede darnos importantes luces sobre el manejo de los medios por parte del Gobierno, así como el rol de las fuerzas armadas dentro de la temática de la defensa de la soberanía y los limites. Para un

---

19. E. Herrera, Op. Cit. Página 12.
20. Para una completa referencia de la visión colombiana del problema ver: M. Peña Gómez, *La Guerra Fría de Venezuela,* Bogotá 1988, página 321.
21. E. Díaz Rangel, *"Como Pérez Jiménez recuperó Los Monjes"*, Revista Tribuna, Caracas 1996, página 15.
22. M.A. Angeli, *Agravios de Colombia a Venezuela,* Caracas 1983.

gobierno autoritario, el control de los medios de comunicación es una de las prioridades para la consolidación de su control. Asimismo, el uso de amenazas externas, puede constituirse en ocasiones, en una interesante opción para amalgamar a la población.

El General Alberto Muller Rojas, aporta luces sobre la compleja relación entre soberanía, fuerzas armadas y su percepción por parte los medios de comunicación:

> "...tiene que reconocerse la sensibilidad que para la opinión pública tiene la cuestión territorial en el país y el uso que el estamento militar le da a esta materia para proyectar las imágenes de heroísmo y eficacia que constituyen los valores corporativos"[23]

Desde este punto de vista, las Fuerzas Armadas, se han convertido en un protagonista de primer orden en el manejo de los temas que tienen que ver con la frontera y muy especialmente los que tienen que ver con la frontera Colombiana. Esta presencia justifica en muchos casos, la permanencia de oficiales activos de las fuerzas armadas, en cargos de la estructura de la administración pública centralizada, por la influencia que ciertos temas pueden tener en la gestión de las relaciones con Colombia. Por ejemplo, el Director de Fronteras de la Cancillería es tradicionalmente un Contra-Almirante, el Director de Transporte Aéreo o Transporte Acuático del Ministerio de Transporte, suelen ser un General de la Fuerza Aérea o un Almirante de la Armada.

Este hecho tradicional en la estructura burocrático administrativo del Estado Venezolano, ha sido sobredimensionada bajo la administración del Presidente Hugo Chávez, quien en particular es un oficial retirado del Ejercito y quien se ha rodeado del más grande número de oficiales activos y retirados que hayan servido fuera del seno de las Fuerzas Armadas en la historia nacional.[24]

Como ya hemos referido anteriormente, durante las dos primeras décadas de la democracia venezolana, el consenso sobre una política se basaba en las normas del Acuerdo de Punto Fijo. En años posteriores la opinión pública ha empujado por una mayor participación en la administración del Estado, pidiendo una mayor transparencia de la Política Exterior, donde temas como la negociación del diferendo con Colombia en los años 80 y en especial el papel de Cuba y la Guerrilla Colombiana en el debate nacional, son una muestra de ese interés.

---

23. A. Muller Rojas, *Militares y Política Exterior en Venezuela,* página 119, en C. Romero, *Reforma y Política Exterior en Venezuela,* Caracas 1992.

24. Noticias Terra. 15 Abril 2002. Fuente consultada www.terra.com.pr/articulo/html/act77289.html. Consultado Julio 2003.

Como escribió el Profesor Carlos Gueron, hace algunos años:

"La formación de la política exterior, al igual que los demás procesos políticos, ha sido conformada por reglas de juego que se consolidaron en el periodo de la democracia representativa como parte del intento exitoso de estabilizar el sistema democrático mediante la conciliación y la cooperación de los partidos y sectores comprometidos con la supervivencia del mismo."[25]

Este Pacto de Punto Fijo, que aseguraba la aceptación de una política por parte de los partidos políticos mayoritarios, fue entrando progresivamente en crisis, hasta la completa desaparición, bajo la administración Hugo Chávez. Sin embargo, el sistema fue progresivamente entrando en crisis. Es por ello, a raíz de "La Hipótesis de Caraballeda", este pacto comienza a notar sus más fuertes fracturas. Por primera vez, un tema básico de la política exterior de un gobierno, un tema objeto de negociación por parte del Ejecutivo, era víctima de la opinión pública y era sacado del primer plano del debate, como consecuencia de las presiones de la opinión pública.

Como consecuencia de una importante oposición en medios políticos y castrenses, así como unánime voz de la opinión pública la Hipótesis de Caraballeda fue retirada de la mesa de negociaciones. Este hecho marca un hito fundamental en la política exterior venezolana. La opinión pública es capaz de detener cualquier iniciativa que adelante el ejecutivo.

Esta conclusión es difícil comprenderla en los años recientes del siglo XXI y luego de haber vivido un proceso político en contra del Presidente en funciones, Carlos Andrés Pérez, donde los medios jugaron un papel primordial y la muy activa politización de los medios de comunicación a partir del año 2001. Sin embargo, para la fecha, con una forma de gobernar basada en los consensos productos del Pacto de Punto Fijo, la opinión pública no era considerada una variable de tal importancia.

2. Las visiones constitucionales

Esta visión realista de la Política Exterior ha prevalecido en Venezuela, incluso en la formulación de su normativa. Sólo a partir de la Constitución de 1961, se introdujeron algunos tímidos controles al Ejecutivo. Antes de la Constitución de 1961 era muy difícil encontrar una visión estructurada de ningún sistema administrativo en el ámbito de la administración de las políticas públicas del Estado. Afirma Tomas Polanco Alcántara, que:

25. C. Gueron, *El Congreso y la Política Exterior de Venezuela*. Caracas 1978.

> "...la intervención judicial en los procesos de competencia del Poder Ejecutivo era excepcional, porque la interferencia de un Poder Ejecutivo era excepcional, porque la interferencia de un poder en asuntos de otro sólo podía admitirse en circunstancias especialísimas, previstas por el Gobierno. Era un criterio todavía vigente del año 1946."[26]

La Constitución de 1961, como decíamos establecía lo siguiente como función del Poder Legislativo: aprobación de embajadores y jefes de misión, aprobación de tratados, el empleo de misiones militares. De esta forma, a través del Poder Legislativo se fue facilitando un poco, el conocimiento y el control que el resto de la sociedad puede ejercer sobre una política pública, como es la Política Exterior.

Sin embargo y desde un punto de vista exegético, Brewer Carias afirma en su estudio sobre las Instituciones Políticas y Constitucionales, afirma que en tres ocasiones se refiere a la cuestión internacional: en caso asilo, confiscación y solución pacifica de controversias.[27] Asimismo, al referirse a la actuación internacional de la República, cita al Artículo 130 de la Constitución de 1961, al establecer. "La actuación internacional de la República esta reservada al Poder nacional"[28] y pasa a enumerar las competencias que cada una de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sin pretender establecer la existencia de un aparato estructurado.

Sin embargo, bajo esa señera Carta Magna la discrecionalidad del Ejecutivo en esta materia siguió siendo muy grande y la visión orgánica del tema era ejercida a través de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores del Estado Venezolano, la cual cuenta con representantes del Ejecutivo, Legislativo y las Fuerzas Armadas, así como por los Ex Ministros de Relaciones Exteriores, la cual debería ser informada de la actuación internacional según su Ley de creación. Sin embargo, en los últimos años ésta ha pasado a un segundo plano frente al cambio en la percepción de la agenda internacional por la opinión publica interna.

La Constitución de 1999 continúa en el proceso de lentas aperturas a una mayor transparencia en la materia. Es por ello que, por primera vez, es

---

26. Tomas Polanco Alcantara. Breve Noticia sobre el comienzo de la reforma de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela. En Fernando Parra Aranguren (Editor). Estudios de Derecho Público Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas - Venezuela 2001. Página 387.

27. Allan Brewer Carias.El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal. Tomo II. De las Instituciones Políticas y Constitucionales. Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1996. Página 230.

28. Ibidem, Página 231.

posible percibir el establecimiento de un "aparato de política exterior", que rompe el tradicional dúo ejecutivo legislativo, que había prevalecido en la tradicional constitucional.

II. UN RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE POLÍTICA EXTERIOR

El desarrollo de este análisis constitucional sobre la existencia de un régimen administrativo de la política exterior en Venezuela, requiere obligatoriamente una definición legal de este sistema.

"Es claro, no solo constitucional sino práctica y realmente, que en el ámbito nacional, al lado del Congreso y de los Tribunales de la República, existe todo un complejo orgánico que el lenguaje común y técnico identifica como administración pública, compuesto por Ministerios, Oficinas Presidenciales, Comisiones e Institutos Autónomos. En principio, es a este complejo orgánico al cual se refiere el derecho administrativo. En todo caso, ese conjunto de órganos ejecutivos, que existen en la actualidad, es el resultado de un largo proceso de crecimiento desordenado a medida que las realidades económicas y sociales fueron planteando modificaciones a los fines del Estado, es decir, el resultado de un proceso de adaptación y acomodo del instrumento administrativo a los fines del Estado."[29] Y que en este caso, está referido específicamente a la política exterior.

En el caso de la política exterior, como política pública, ha venido sufriendo de una profunda evolución, en parte influenciada por profundos cambios en el entorno internacional. La característica de estas políticas era que estaban aisladas del contexto interno y que en todo caso, podían ser aisladas de otros aspectos del gobierno nacional. Sin embargo, actualmente aparecen cada vez más, temas que podemos calificar de globales y que en definitiva tienen un origen sectorial y doméstico, pero que requieren un tratamiento integral y sistémico para poder administrarlos.[30]

Según las competencias asignadas por el propio texto constitucional de 1999, el aparato de Política Exterior en Venezuela está constituido por la Presidencia y la Vicepresidencia de la República (Artículo 236), los Ministros con competencia en el área (Art. 236); la Asamblea Nacional (Artículo 187), el Tribunal Supremo de Justicia (Artículo 336), el Consejo de Defensa Nacional (Artículo 323) y la Defensoría del Pueblo (Artículo 280).

---

29. Allan Brewer Carias. Derecho Administrativo Tomo I. Ediciones de la Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas 1984 (3era edición) Página 356.

30. Peter Hain. The End of foreign Policy? The Royal Institute of Internatonal Affairs. London 2001. Página 11.

Esto representa un trascendental cambio en relación con el régimen constitucional anterior. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la autoridad mayor en cuanto a Política Exterior, se encontraba en las manos de Jefe del Estado, quien ejercía según el Artículo 190: la dirección de las relaciones internacionales (Art. 190, 5°), la celebración y ratificación de tratados (Art. 190, 5°), la declaración del estado de emergencia para conflictos internos o externos (Artículo 190, 6°) y el nombramiento previa autorización del Senado, de los Embajadores o Jefes de Misiones (Art. 190, 16°).

Revisemos ahora en detalle la función encomendada a cada uno de los órganos y sus competencias específicas:

1. El Poder Ejecutivo

A. El Presidente y el Vicepresidente de la República

En la Constitución de 1999, el Jefe del Estado debe compartir sus competencias, como consecuencia de la creación del Vicepresidente Ejecutivo. En este sentido, la exposición de motivos aporta elementos que no contiene el articulado y amplía nuestra percepción de la nueva figura:

> "En propiedad, el Vicepresidente de la República que contempla la Constitución no es el típico cargo que tiene la función de resolver la sucesión presidencial por la ausencia temporal o absoluta del Presidente de la República. Más que ello, el Vicepresidente es una institución que comparte con el Presidente el ejercicio de su Jefatura de Gobierno y responde políticamente por la gestión general del gobierno frente al Parlamento.
>
> Las funciones otorgadas por la Constitución al Vicepresidente de la República son esenciales para el normal desenvolvimiento del Ejecutivo Nacional y de las relaciones entre éste y a Asamblea Nacional. La primera de ellas se refiere a la colaboración con el Presidente en la dirección de la acción del Gobierno y, como competencia que le es propia, la coordinación de la Administración Pública Nacional con las instrucciones que le imparta el Presidente. Esta función consagra a la Vicepresidencia en el medio fundamental de apoyo al Presidente y la convierte en una instancia de dirección y coordinación sobre la Administración Pública Nacional..."

En este sentido, en virtud del Artículo 236, numeral 4, "el Presidente de la República. Dirige las relaciones exteriores de la República y celebra y ratifica los tratados, convenios o acuerdos internacionales, los cuales deberán ser

ratificados para su validez, por el Vicepresidente Ejecutivo de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores". De esta forma, se rompe el monopolio establecido por las Constituciones de 1947 y 1961 y retoma la consulta y la corresponsalía política que había existido en otras Constituciones, como fueron las de 1830 en su artículo 122 que le otorgaba esa misma competencia al Vicepresidente, y en las Constituciones de 1857 y 1909, en sus Artículo 73 y 94 que se la otorgaban a un Consejo de Gobierno.

La única de las atribuciones del Presidente de la República que se mantuvo bajo el esquema Ejecutivo-Legislativo, es aquella referida a la designación de Embajadores y Jefes de Misión, tal como lo establece el numeral 15 del Artículo 236. Todas las demás atribuciones referidas a la Política Exterior estarán bajo la corresponsalía de otros órganos del Estado, bien sea la Vicepresidencia o cualesquiera de los otros que mencionaremos a continuación.

Esto representa, al menos desde el punto de vista teórico de una ruptura muy importante. Es necesario ahora que le Consejo de Ministros debata la propuesta presentada por el Presidente de la República. Se intenta finalizar con esa Caja negra que representaba la toma de decisiones de política internacional, ya que se debe dejar constancia de un esfuerzo por elevar la transparencia de esas decisiones.

Las dificultades en cuanto a la libertad de los miembros del Consejo de Ministros será responsabilidad de cada uno, pero representa una apertura que facilitaría la toma decisiones y el estudio posterior de la racionalidad que privó para cualquier decisión.

B. Los Ministros con competencia en el área

El Artículo 236 de la Constitución obliga al Ministro con competencias en el área, "a refrendar para su validez", los actos relacionados con la materia de relaciones exteriores.

No existen referencias directas en el texto constitucional a ningún despacho ministerial, aunque existen atribuciones a las relaciones exteriores y la política comercial internacional. Estas dos competencias están referidas al Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de la Producción y el Comercio.

Según el "Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central"[31], los despachos antes mencionados, tienen las siguientes atribuciones:

31. Gaceta Oficial No. 36.850, del 14 de Diciembre de 1999.

"Artículo 41: Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores la regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de política exterior, que comprende la actuación internacional de la república; la conducción de las relaciones con los otros Estados; la representación de la República en las organizaciones, organismos y eventos internacionales, salvo que, en este último caso, el Presidente de la República encargue la representación a otro Ministro o funcionario; la coordinación de la actuación que desarrollen otros Despachos en el extranjero; la participación en las negociaciones comerciales, económicas, técnicas y culturales con otros países y entidades extranjeras; la representación dentro del ámbito de su competencia y defensa de los intereses de la República en las controversias internacionales y en las cuestiones relacionadas con la integridad territorial y su soberanía; así como las demás competencias que le atribuyan las leyes."

El Artículo 44 de la Ley en cuestión establece lo siguiente:

"Corresponde al Ministerio de la Producción y el Comercio la regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del ejecutivo Nacional en los sectores de la producción de bienes y del mercado de los servicios; el comercio exterior, y todo lo relativo a las negociaciones comerciales internacionales y la defensa de los intereses de la República en las controversias internacionales que se susciten en ocasión de las negociaciones o relaciones comerciales con otros entes extranjeros o internacionales, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores; inversiones nacionales y extranjeras; ..."

De tal forma, podemos afirmar que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene una serie de competencias exclusivas, como es en principio la actuación internacional de la República, pero estas deben ser coordinadas con los Ministerios que tengan alguna atribución en particular, como es el caso del Ministerio de Energía y Minas o Ambiente y Recursos Naturales Renovables.

Sin embargo, el caso de la política comercial a cargo del Ministerio de la Producción y el Comercio, debe coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores todo lo determinado por las negociaciones comerciales, incluida la actuación en los mayores foros del intercambio internacional, como son la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Comunidad Andina (CAN).

De tal forma, que estos dos Ministerios son parte ejecutora en el desarrollo de la Política Internacional. Asimismo es importante destacar que hasta la fecha, no se ha utilizado la facultad para la creación de un Gabinete Sectorial

en materia de Política Exterior, tal y como lo prevé la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 67.

Estos Gabinetes sectoriales pueden estar coordinados por el Vicepresidente o el Ministro del área (Art. 69 LOAP) y luego deben informar al Consejo de Ministros de los asuntos tratados, a fin de dar cumplimiento estricto al texto constitucional.

C. Los Estados y las Municipalidades

A partir de la elección en 1992 de los primeros gobernadores y alcaldes, se inició un proceso de descentralización del Estado que ha permitido desconcentrar y descentralizar las atribuciones que antes estaban circunscritas a las dependencias del gobierno central[32]. En el caso de la política exterior eso no quedó al margen.

Los Gobernadores de Estado iniciaron una agresiva "política exterior" propia, ni coordinada ni autorizada por los niveles centrales, que se concretó en múltiples visitas entre gobernadores de estado de distintos países y la firma de acuerdos de cooperación que incluso llegaron a comprometer financieramente a la República. Entre algunos de los acuerdos podemos citar: "Convenio de Cooperación entre el Estado Zulia y El Estado de la Florida"[33], "Protocolo de Cooperación en la Esfera Económica y Comercial entre el Estado de Carabobo (Venezuela) y la Región de Vladimir (Rusia)"[34], "Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de Quebec y el Gobierno del Estado Mérida"[35], así como las más diversas declaraciones conjuntas de alcaldes o la idea del Gobierno del Estado Monagas de establecer una Oficina de Intereses ante el Gobierno de los Estados Unidos[36].

Estas acciones obligaron al Gobierno Central a pronunciarse mediante un Decreto del Presidente Ramón J. Velásquez, donde se reiteraron las competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores y se establecieron

---

32. Para una visión amplia y objetiva del proceso de descentralización, ver: Brewer-Carias, Allan R. *Informe de la Descentralización en Venezuela 1993.* Editorial Arte. Caracas 1994.

33. Toro Jimenez, Fermín *La Subjetividad jurídica internacional de los Gobernadores y Alcaldes según la Constitución Venezolana.* Instituto del Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual. Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas, 1997. Página 95 y 96.

34. Fermin, Ob. Cit. Página 101 y 102.

35. Fermin, Ob. Cit. Página 110 y s.s.

36. Fermin, Ob. Cit. Página 103

los procedimientos de coordinación a realizar para el desarrollo de estas acciones de cooperación.[37]

Sin embargo, esto dejó sentadas las bases de un empuje que se había venido desarrollando, incluso desde tiempo atrás, con el establecimiento de las Comisiones Presidenciales de Asuntos Fronterizos Colombo-Venezolanos, a las cuales se les otorgó una representación por cada una de las regiones fronterizas.[38]

Este interés por la participación local en los temas fronterizos que se inició en las fronteras, encontró eco en la Constituyente que se realizó en Colombia en el año 1991, de la siguiente forma:

> "Artículo 289. Por mandato de la Ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, a la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente."[39]

Esta decisión de carácter constitucional fue inmediatamente atendido por la Cancillería Colombiana, quien en sus instrucciones y publicaciones, reforzó los mecanismos que ese órgano de coordinación de política debía cumplir en cualquier iniciativa de ese tipo.[40]

En las zonas fronterizas venezolanas y en general en todas las entidades locales la decisión presidencial de 1993 antes referida, sosegó algunas de las iniciativas en el área internacional. Sin embargo, el deseo por encontrar una plataforma legal que les permitiera su actuación a este nivel, encontró eco en las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Incluso, los propios representantes de los gobiernos regionales fronterizos con la República de Colombia realizaron importantes esfuerzos por encontrar apoyo en la

---

37. Para una visión jurídica del tema, ver: Toro, Fermín. *La Subjetividad jurídica internacional de los Gobernadores y Alcaldes según la Constitución Venezolana.* Instituto del Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual. Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas, 1997.

38. Para una visión del tema, ver: Sainz Borgo, Juan Carlos. *Las Comisiones de Asuntos Fronterizos como herramienta de Política Exterior.* En CEFIR. *La Integración Fronteriza en el Grupo Andino y en la Unión Europea.* Montevideo - Uruguay. 1994. Disponible en www.cefir.org.uy

39. Constitución de la República de Colombia. Presidencia de la República. Editorial IMPREANDES. Bogotá 1991.

40. Ver por ejemplo: República de Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Actuar en el Mundo. La Política Exterior de Colombia frente al Siglo XXI.* Ediciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Bogotá 1993.

Constituyente venezolana, ya que una disposición que autorizara algún tipo de competencia en la materia, habría activado incluso las competencias de los Departamentos Colombianos.

Sin embargo, el debate sobre el tema dejó una norma que reconocía la importancia del tema, pero sin atribuirle competencias directas a los gobernadores o alcaldes. El tema fue recogido como el mandato de establecer "una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos".

Esta política fronteriza, según el propio texto del artículo estará contenida en una Ley Orgánica de Fronteras, que determinará asignaciones económicas especiales a los estados fronterizos, con el objeto de preservar los siguientes objetivos: Preservar la integridad territorial, La soberanía, La seguridad, La defensa, La identidad nacional, La diversidad y el ambiente.[41]

Estos objetivos, a juicio del constituyente deberán asimismo, ser adelantados en concordancia con "el desarrollo cultural, económico, social y la integración." Sin embargo, en todo el texto Constitucional no se mencionan a los gobiernos locales.

Por otra parte, el artículo 327 de la Constitución reitera la necesidad del establecimiento de una política fronteriza, que no concuerda con exactitud con los presupuestos previstos en el artículo 15 antes mencionado.

Este artículo expresa lo siguiente: "La atención en fronteras es prioritaria en el establecimiento y aplicación de los principios de seguridad de la nación."(Sic.) Este objetivo al que también hace referencia el artículo 15, será desarrollado a través de "... una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por ley".

Estas zonas de seguridad fronterizas, tendrán como objeto la protección especial de los siguientes espacios: Los parques nacionales, El hábitat de los pueblos indígenas y Las áreas bajo régimen especial.

Asimismo, el Constituyente complementa esta política, cuando en el titulo siguiente, capitulo II referido a la soberanía, introduce la siguiente cláusula:

---

41. Para una visión más amplia de este tema, ver: Sainz Borgo, Juan Carlos. *El Derecho internacional y la Constitución de 1999.* Trabajo de Ascenso a la Categoría del Profesor Asistente. Aprobado con mención publicación UCV: Caracas 2002.

"Artículo 37: El Estado promoverá la celebración de tratados internacionales en materia de nacionalidad, especialmente con los Estados Fronterizos y los señalados en el numeral 1 del artículo 33 de esta Constitución".[42]

Por otro lado, el Constituyente le dio a este mandato una prioridad especial, ya que en la disposición transitoria sexta, le otorgó un plazo de dos años a la Asamblea Nacional para que establezca este régimen legal fronterizo.

Sin embargo, esta auspiciosa y optimista lista de objetivos y buenos propósitos, responden a una visión del hecho fronterizo que no está en concordancia con los desarrollos que en la materia mencionamos.

El concepto de la frontera barrera, la frontera exclusión, en Venezuela ha venido cediendo frente a la idea de frontera como puente o conexión. Esto ha sido consecuencia de la ejecución de políticas que dieron auspiciosos resultados en la materia, durante los años 1990-1998, con el trabajo de las Comisiones de Asuntos Fronterizos y el Consejo Nacional de Fronteras.

Por otro lado, es importante destacar que la Comunidad Andina, con el voto favorable de Venezuela, ha venido instrumentando una política fronteriza común, que comienza a perfilarse como el fortalecimiento de las relaciones vecinales entre los miembros de la Comunidad Andina. Asimismo, la propia Comunidad ha acordado el establecimiento de entes de coordinación en Política Exterior, pero no los abordaremos en el presente trabajo, por representar mecanismos de coordinación supranacionales que exceden los objetivos del mismo.

Sin embargo, aunque el texto de 1999 no contempla la actuación de los gobiernos regionales o locales, las bases que existían en 1961 siguen inalterables, es por ello que la forma como se desarrollaron jurídicamente antes del cambio constitucional podrían ser revisadas y puestas en vigencia dentro de un aparato concertado de política exterior adaptado a las necesidades del país.

2. El Poder Legislativo

A. La Asamblea Nacional

No se evidencia mayores cambios en la función del Poder Legislativo entre la Constitución de 1961 y la de 1999. Son evidentes, por supuesto, las

42. El numeral 1 del artículo 33 hace referencia a España, Portugal, Italia, Países Latinoamericanos y del Caribe.

derivadas de la modificación del régimen bicameral por el unicameral; ya que el régimen de los tratados y la aprobación de los Embajadores y Jefes de Misión siguen intactas.

Algunas diferencias podemos encontrar en la forma como se aprueban los tratados, en especial las referidas a las consecuencias de la decisión de suprimir a la Comisión Delegada sus atribuciones en cuanto al tema de la Política Exterior, ya que en el texto del artículo 196, no aparece mención expresa, así como en ninguna otra parte de la Constitución, competencias en el área.

Desde la Constitución de 1947, existían disposiciones que permitían, en vista de la imposibilidad de reunir el Poder Legislativo, a través de su Comisión Delegada, autorizar al Ejecutivo a la puesta en vigencia de un tratado o convenio y luego someterlo al Congreso. La Constitución de 1947, en su artículo 105, establecía lo siguiente:

> "Sin embargo, la Comisión Permanente del Congreso Nacional, podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o acuerdos internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación de las Cámaras Legislativas."

La Constitución de 1961, preveía esta posibilidad en el Artículo 128, el cual está redactado de la siguiente forma:

> "Los convenios o tratados que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley Especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios de las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional. *Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del congreso.*
>
> En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a aprobación. "

Esta aplicación provisional, de carácter excepcional y restrictivo en la práctica constitucional, requería de las siguientes características:

1. Si el Tratado lo preveía o su entrada en vigencia no altera la naturaleza del instrumento y las obligaciones en ella contenidas, según lo expresado en el artículo 25 del a Convención de Viena de 1969.

2. Que el Congreso Nacional hubiese estado en receso, y existiendo la imposibilidad de convocar a las Cámaras.

3. Que el Tratado o Convenio fuera de tal importancia que requeriría de la comisión Delegada para su entrada en vigencia.

4. Que el Congreso Nacional, es sesión plenaria aprobará de manera definitiva el mismo.

Siguiendo este procedimiento, la República de Venezuela entró a formar parte de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) en 1960, a través de una aprobación provisional de la Comisión Delegada, la cual explicó claramente la situación en los considerandos:

"Considerando:

Que es para la República de Venezuela de extrema importancia y de especial urgencia para el sostenimiento de la integridad de su riqueza petrolera, la aplicación de dicho convenio, hasta tanto se obtenga la aprobación legislativa necesaria.

Decreta:

Artículo único: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81, numeral 3do. la Constitucional nacional, ejecútese provisionalmente el convenio anteriormente citado y sométase a las Cámaras legislativas para su definitiva decisión acerca del mismo... "[43]

Esta posibilidad de aplicación extraordinaria es muy importante dentro del marco general de actuación de los estados en la comunidad internacional actual. Muchos de los tratados multilaterales suscritos en la actualidad, colocan plazos breves de finalización de recepción de ratificaciones para su entrada en vigencia, este hecho es particularmente frecuente, en las organizaciones internacionales. Venezuela debió poner en vigencia por esta vía, además de la OPEP que ya nombramos la UNESCO en 1973 y la OMC en 1994, ya que a la fecha de culminación del plazo de ratificación el Congreso Nacional se encontraba en receso.

43. El artículo se refiere a la Constitución de 1953 que estaba en vigencia y tenía la misma redacción de la Constitución de 1961.

Esta reforma constitucional, llama la atención por ir en contra vía dentro del espíritu de las reformas constitucionales de 1999. Una de las atribuciones del Poder Legislativo que fue reformada, está referida a la autorización para ausencia del Presidente de la República. En 1961 esta atribución era de tipo absoluto, por el contrario en la Constitución de 1999, el artículo 187.17, le otorga al Presidente de la República un período de gracia de cinco días, para abandonar el territorio nacional sin autorización de ningún tipo.

Esta reforma se aprobó en vista del número de compromisos internacionales que contemporáneamente deben atender los jefes de estado y que requiere una gran flexibilidad. Sin embargo, hay que destacar que en ocasión de la grave tensión política que precedió la separación y posterior enjuiciamiento del Presidente de la República Carlos Andrés Pérez en 1993, el Congreso Nacional no autorizó algunos de los traslados que el Presidente solicitó, demostrando de esta manera el fuerte control por parte del Poder Legislativo. Sin embargo, en la actualidad, la sola encargaduría del Vicepresidente Ejecutivo, basta para que el Presidente de la República pueda abandonar por cinco días el territorio nacional.

Todas estas consideraciones nos hacen concluir, que una herramienta como la entrada en vigencia de obligaciones provisionalmente, a través de la Comisión Delegada es fundamental para el cumplimiento efectivo y oportuno de las obligaciones internacionales y que en futuras reformas del texto constitucional ésta debería ser considerada.

3. El Poder Judicial

Dentro de este esquema orgánico que propone la Constitución de 1999 otorga la posibilidad de que el Jefe del Estado o la Asamblea Nacional convoquen la Sala Constitucional, antes de proceder a la ratificación de un tratado o convenio internacional, para determinar su sometimiento a las leyes nacionales y de esta forma hacerlos co-participes de la formulación de la política exterior.

El artículo 336 establece lo siguiente:

"Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

5. Verificar a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los Tratados Internacionales suscritos por la República antes de su ratificación."

Con esta posibilidad, el Poder Judicial se abre como la máxima instancia del Estado, permitiéndole la posibilidad a los otros poderes para que soliciten su opinión constitucional, antes de que se produzca la ratificación de un Tratado por parte del Presidente de la República.

Esto consolida expresamente el papel de interprete máximo de la Constitución por parte del Tribunal Supremo de Justicia, incluso en el área de las relaciones internacionales. Las consecuencias de este artículo para el proceso de ratificación de los tratados serán de gran trascendencia y estará en directa relación a su ejercicio por parte del Ejecutivo.

Por otro lado, esta facultad para conocer de la constitucionalidad, se ve complementada por las facultades de control, que dentro de la Constitución poseen tanto la Defensoría del Pueblo como el Ministerio Público, en los artículos 281 y 285 respectivamente.

Esta novel regulación en el Derecho Venezolano, no ha sido trabajada por la doctrina. Existen algunos desarrollos en relación con los análisis, realizado en ocasión de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de Abril de 1965, sobre las relaciones del Derecho Internacional y el Derecho Interno, con ponencia del Dr. Carlos Trejo Padilla, la cual estableció que la constitucionalidad de un Tratado, puede ser solicitada antes de la ratificación del acuerdo respectivo.

Hasta la fecha del presente trabajo, solo el Prof. Fermín Toro Jiménez[44], se ha pronunciado sobre el nuevo sistema. En su manual de Derecho Internacional, plantea una serie de dudas de interpretación que podrían surgir del texto del mismo, entre otras, si solo podrán ser sometidos ante el Tribunal Supremo, aquellos tratados que requieran de ratificación o no y presenta alguna consecuencia sobre el tema[45].

Es por ello que consideramos que será la práctica constitucional del Tribunal Supremo, la que dará luces sobre la materia. Por ello, hemos considerado prudente referir algunos planteamientos del novedoso desarrollo constitucional en nuestro país, que puede ser ilustrado a través de dos sentencias de la Sala Constitucional, la cual ha venido normando sus propias facultades.

Estas sentencias, son la referida al "Tratado contra la Doble Tributación entre Venezuela y Estados Unidos" y la otra, se refiere al "Tratado de

44. Toro Jiménez, Fermín. Ob. Cit. 2001.

45. Ibidem, Página 291.

Cooperación entre Venezuela y Cuba", las cuales han sido abordadas presentando argumentos muy interesantes, que revisaremos a continuación.

La Sentencia del 22 de Agosto de 2001, aborda la solicitud de la nulidad del acto de ratificación, debido a que los accionantes, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García, consideran que el Congreso de los Estados Unidos de América en la Cámara del Senado, sometió al proyecto de acuerdo que se convirtió en el Tratado de Doble Tributación, a unas condiciones llamadas entendimientos.

La ratificación del Convenio por parte del Presidente de los Estados Unidos de América se llevó a cabo el 29 de diciembre de 1999, y en el documento que la contiene, se incluyeron elementos, que según los accionantes se constituían reservas.

La Sala Constitucional decidió que "...el acto ratificatorio mantiene plena validez y es el que junto con la Ley Aprobatoria rigen, en principio, el Convenio, no pudiendo una nota verbal de la Cancillería venezolana, modificar lo aprobado conforme a la Ley, y así se declara".

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo una vez resuelto el caso planteado profundizó sobre algunos aspectos de su función de control jurisdiccional, planteando importantes limitaciones a su capacidad de control de las acciones del Ejecutivo, tal y como señalaremos a continuación:

> "Sin que la Sala entre a diferenciar entre políticas comerciales y fiscales, ya que ello no ha sido planteado por los actores, *las razones de Estado por las cuales se planifica una política comercial, no son censurables por los tribunales, a menos que ellas infrinjan paladinamente normas constitucionales,* como el mismo artículo 301; pero por lo regular se trata de estrategias, de planes, fundados en opiniones y juicios, que pueden surtir efecto a corto o largo plazo, y que *no es el Poder Judicial quien debe juzgarlos o cuestionarlos, ya que ello constituiría una intromisión de este Poder en el Poder Ejecutivo.* Es responsabilidad de este último toda la formulación y desarrollo de las políticas comerciales.
>
> En consecuencia, no existe infracción constitucional per se por la firma de este tipo de convenio que incida sobre el comercio."

El Tribunal Supremo continúa en su argumentación, alegando además que las características propias de cada negociación internacional, no son sujetos de control por parte de ese órgano jurisdiccional, ya que en todo caso son situaciones fácticas, que por encontrarse en un plano de igualdad ante la Ley, no podrán ser consideradas. El Tribunal expone sus argumentos en este sentido:

"Señalan, además, los accionantes que las normas impositivas relativas al transporte aéreo y marítimo, contenidas en el artículo 8 del Convenio, están otorgando a empresas extranjeras regímenes más beneficiosos que los establecidos para las nacionales, y que con el Convenio ello estaría sucediendo.

No encuentra la Sala en el texto de la norma, posibilidad de que ocurra lo alegado por los accionantes, ya que a las empresas de ambos Estados se los coloca en igual plano. La conclusión que ellos exponen surge de una situación de hecho, mas no de la letra del artículo 8, bajo análisis. El que uno de los Estados Contratantes pudiera tener mayor número de empresas marítimas o aéreas dedicadas al transporte internacional, en la forma contemplada en el artículo 8 del Convenio, lo que incluye la posibilidad de transporte interno en el territorio de los Estados Contratantes, *nace de una situación fáctica mas no jurídica,* y no por ello puede considerarse que jurídicamente - en función del impugnado artículo 8- existe un régimen más beneficioso a favor de los extranjeros, ya que lo contemplado en la norma es igual para las empresas de ambos Estados Contratantes.

En consecuencia, no infringe el comentado artículo 8 al artículo 301 constitucional, y así se declara."

La Sala agrega en su sentencia, con un deseo de enfatizar en sus competencias, la limitación antes referida:

"De la confrontación de ambas normas, no se colige que haya un trato más beneficioso a las empresas extranjeras en comparación con las nacionales. A juicio de esta Sala, la norma impugnada no discrimina a los nacionales a favor de los extranjeros, ambos se encuentran en un plano de igualdad ante la Ley. De nuevo, la Sala apunta, que *el diseño de las políticas del Estado, con sus posibles limitaciones provenientes de situaciones reales existentes, no puede ser controlados por los órganos jurisdiccionales,* a menos que se infrinjan normas constitucionales, y que las opiniones sobre como funcionará a futuro un régimen fiscal, el cual siempre tendrá variables conforme al desarrollo de los países donde se aplique, no es materia que per se constituya infracción constitucional. *Se trata de políticas que a futuro pueden dar o no resultados, pero que por su formulación legal y en base a unos futuros y condicionales resultados no pueden ser considerados violatorios de la Constitución.* Como tampoco pueden serlo el que en un Estado haya más empresas o más inversión en su territorio que en los de otro Estado.

Los argumentos de esta sentencia, abren una línea de interpretación que disminuye ostensiblemente la capacidad de control que posee el Tribunal

Supremo de Justicia sobre el resto de la administración nacional y en particular de las funciones del Ejecutivo, con el agravante en cuanto al análisis, que la Constitución de 1999 es "... ampliamente consagratorio de la responsabilidad de todos los órganos de los Poderes Públicos"[46] y en particular al disminuir sus propias capacidades de integrarse a un sistema de control de la actuación internacional de la República desde su propia administración.

Las facultades con las cuales fue creada la Sala Constitucional por parte del Constituyente de 1999, son las más amplias con las que se haya dotado al máximo Tribunal en la historia constitucional venezolana. El Artículo 335 de la Constitución referida establece, que "... las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República."

De esta forma, todas las interpretaciones formuladas por esta Sala, poseen una investidura e importancia nuevas en la historia constitucional, que incluso ha derogado normas adjetivas y creado nuevos procedimientos ante ese Tribunal, que han sido discutidos ampliamente.

Una muestra de esta percepción que ha venido desarrollando el Tribunal Supremo, lo tenemos en el Recurso de Interpretación,[47] sobre la firma por parte del Ejecutivo Nacional, el 30 de octubre de 2000, del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela.

En la solicitud que formulará el Presidente de la Asamblea Nacional, califica el Convenio "como un tratado de tipo contractual (por su objeto, finalidad y estructura) y público, ésto es, dirigido a satisfacer necesidades de interés general o colectivo", por lo que solicita se aclare la pertinencia de las reglas contenidas en los preceptos 150, 154, 187.9 de la Constitución. En su primer inciso, el artículo 150 señala que la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional, en los casos que determine la Ley. El segundo dispone que los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación, salvo aquéllos mediante los cuales se ejecuten o perfeccionen obligaciones preexistentes, se apliquen principios reconocidos por ella, se

46. Sansó de Ramírez, Beatrice. La Inmunidad de Jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999. En Centro de Investigaciones Jurídicas. Libro homenaje a Enrique Tejera Paris. Caracas 2001. Página 355.

47. Tribunal Supremo de Justicia, 13 de Junio del 2001.

ejecuten actos ordinarios de las relaciones internacionales o se ejerzan facultades atribuidas expresamente al Ejecutivo Nacional. El tercero le da la potestad a la Asamblea Nacional de autorizar al Ejecutivo Nacional a celebrar contratos de interés nacional, entre otras facultades.

De tal forma, que el Presidente de la Asamblea Nacional, *"le surgen las dudas siguientes: si los "tratados" a que se refiere el artículo 154 son tratados-contratos o tratados normativos; respecto a cuál de los dos preceptos mencionados primeramente rige la ratificación del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela; y por último: en qué consiste la distinción entre las proposiciones "interés público nacional" (mencionada en el artículo 154) y "contrato de interés nacional", contenida en el artículo 187.9.*[48]"

El Tribunal Supremo, para decidir desarrolla la base legal que le permite pronunciar este tipo de sentencias de carácter interpretativo, para decidir finalmente de la siguiente forma:

> "De las normas citadas se colige: a) la determinación de los contratos de interés nacional es de reserva legal, según lo dispuesto en el artículo 150 y en el artículo 187.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; b) en virtud de ello la Sala "no tiene competencia para pronunciarse sobre la materia del recurso, pues no le es dable suplir las potestades de los órganos del poder público" en razón de que "sería impropio del poder garantizador de la Constitución que ejerce esta Sala, en particular a través de la decisión del recurso de autos, irrumpir *motu proprio* y de manera indiscriminada en el desempeño de las funciones de otros órganos, de la jerarquía que fuesen, so pretexto de velar por su eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución (vid. Sentencia de la Sala n° 346 del 23 de marzo de 201, Exp. n° 01-0328)"

Continúa el juzgador ratificando sus criterios y coincidiendo con lo planteado, en cuanto a la limitación de su capacidad para controlar a los otros órganos de la administración de Estado:

> "c) la doctrina de la Sala en dicha sentencia, por tanto, establece que el ejercicio de las funciones político administrativas, legislativas o electorales es competencia del órgano al que corresponda constitucionalmente, sin que a este Tribunal *ex ante* le incumba pronunciarse respecto de dicho ejercicio, salvo potestad expresa en tal sentido (cf. Sentencia citada);

48. Tribunal Supremo de Justicia. Ob. Cit.

Por último agrega:

> "d) el control constitucional que el artículo 336.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a esta Sala impide, por lo demás, cualquier proferimiento previo de la misma sobre cuestiones que pudieran ser sujetas a la jurisdicción constitucional, conforme al título VIII *eiusdem*; e) si bien la excepción a que se refiere el artículo 154 pudiera ser objeto del recurso de interpretación indicado, la Sala observa que, según lo que tiene decidido, el recurso resultaría improcedente por pretender su pronunciamiento, con inobservancia de lo dispuesto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con las normas que regulan el ejercicio de la competencia del Presidente o Presidenta de la República y de la Asamblea Nacional, y del control previo de la constitucionalidad de los tratados que el artículo 336.5 *eiusdem* le confiere."

De tal forma, que el propio Tribunal Supremo, una vez admitido el Recurso, decidió declararlo improcedente.

De esta sentencia en particular podemos inferir, preliminarmente, que la cautela del máximo Tribunal, sobre su capacidad para controlar al poder Ejecutivo, podía verse mermada, por el hecho de la interpretación de la suscripción de un Acuerdo como el consultado de "Cooperación con Cuba", que podría a la vista a la regulación constitucional violar algunas disposiciones. Sin embargo, la esencia del argumento limitativo de la capacidad judicial está presente a lo largo de todo el razonamiento.

Ahora bien, esta convicción del Poder Judicial, en relación con su limitada capacidad para analizar las acciones del resto de los Poderes Nacionales, en particular en el área en referencia del presente trabajo, comenzó sus pasos un tiempo antes, en particular quisiéramos destacar la celebre sentencia de "Nulidad sobre la adhesión de Venezuela al Pacto Andino", del 10 de julio de 1990, en la cual se señala lo siguiente:

> "Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por el contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y de derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que por la Constitución, ameritan de una Ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones *y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles,* la corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional".[49]

49. Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. Cipriano Heredia Angulo. Página 17.

De esta forma, la antigua Corte Suprema de Justicia, convalidó un error de técnica legislativa que ejecutó el Congreso Nacional, al introducir una cláusula de reserva en el proceso de ratificación, violando de esta forma la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y todo el Derecho Consuetudinario en esta materia.

Esta "reserva impropia" representa la típica cláusula de escape, que se establecen en algunos casos para eludir el cumplimiento de compromisos asumidos en un tratado. Sin embargo, el caso es que dichas normas se establecen en el propio cuerpo del tratado, durante las negociaciones y discusiones que finalizan en el texto que sería sometido a la suscripción definitiva por parte del Estado.

La aprobación de esta sentencia fue muy discutida, y creó gran polémica en el momento de su aprobación, en especial por los votos salvados que fueron consignadas en el texto del mismo. Los votos salvados, que han sido más estudiados y aludidos por la doctrina que la propia sentencia, fueron de los Magistrados Cecilia Sosa Gómez, Roberto Yepez Boscan, Josefina Calcaño, Ramón Duque Corredor, Trejo Padilla, Otto Marin Gómez y Luis Henrique Farias Mata y su importancia radica en la forma como afinó los criterios de interpretación fundamentales sobre la materia, al señalar:

> "La afirmación de la sentencia constituye un contrasentido jurídico desde el punto de vista del Derecho comunitario, ya que está desvistiendo a las autoridades legislativas comunitarias de la capacidad que el mismo texto del Tratado le otorga."

Después de este pronunciamiento de la Corte Suprema, debió esperarse hasta la instalación del Tribunal Supremo de Justicia para poder revisar criterios jurisprudenciales en la materia.

De ahora en adelante y dadas las peculiaridades del nuevo sistema constitucional venezolano, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, será una fuente de obligatoria consulta, en especial decisiones que están listas ha ser publicadas, marcarán de forma ineludible las competencias con las cuales se dotará el Poder Judicial en el control de la actuación internacional de la República y de las obligaciones que el Ejecutivo pueda honrar y de la forma como este Poder participará del régimen de formulación de la política exterior.

4. El Consejo de Defensa Nacional (CODENA)

Es una institución que en su propia esencia recoge, amplía y constitucionaliza la existencia de un cuerpo asesor del Presidente de la

República, en materias relativas a la seguridad y defensa y que en nuestro país ha tenido como antecedente inmediato el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, (CONASEDE) creado mediante Ley Orgánica[50] en 1978.

Esta Ley en su artículo 2, definió la seguridad y defensa en materia internacional, de la siguiente forma:

> "2. La garantía y el empleo racional del poder nacional en todo *conflicto interior o exterior,* conmoción o catástrofe que puedan perturbar la paz de la República."

Sin embargo, en las atribuciones del CONASEDE, en el artículo 8 de la Ley, no existe una referencia exacta al problema de la defensa y relaciones externas.

Por el contrario, el Artículo 323 de la nueva Constitución, incluye los temas relativos "a la defensa integral de la nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico". Estos temas estarán bajo la supervisión de un Consejo de Defensa de la Nación, como "máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público."

En el pasado, el papel del CONASEDE estuvo limitado a una sola reunión, que fue realizada bajo la Presidencia de Ramón J. Velásquez y su función primordial estuvo ligada al establecimiento de las zonas de seguridad fronteriza. El órgano se expresó a través de su Secretaría Permanente, conocida como SECONASEDE y que presta asesoría a distintos entes del Estado.

Este nuevo órgano CODENA, tiene facultades más amplias y, sin duda, tendrá un mayor impacto en la concepción y formulación de las políticas públicas en nuestro país.

La Constitución de 1999, le otorga una gran importancia a este órgano y podría cumplir funciones similares a las adoptadas por el Consejero de Seguridad Nacional o Gabinetes de Política Exterior, sin embargo la visión militarista que ha prevalecido en este órgano le ha restado capacidad para interelacionarse con otros entes de la administración y más allá del Estado, en particular la sociedad civil y las gobernaciones de estado, en particular las entidades fronterizas, que requieren de canales que les permita orientar su actuación.

Este órgano de carácter constitucional tiene las mayores responsabilidades en cuanto al a creación de una mayor coordinación en política exterior, pudiendo

50. Ley Orgánica de Seguridad y Defensa. 11 de Julio de 1978.

llegar a representar lo que para algunos debe ser una "Secretaría de Estado para Coordinación de la Política Exterior"o el ente con capacidad coordinadora dentro del Estado Venezolano[51].

5. El Poder Ciudadano

Hemos considerado conveniente hacer referencia a este nuevo poder, en el esquema de funcionamiento de la política exterior, ya que la nueva institucionalidad tiene un mandato constitucional que crea un nuevo equilibrio para la acción de gobierno.

A juicio de la Exposición de Motivos, el Poder Moral viene de la ideología bolivariana, que la concibió en los Proyectos de Constitución que preparara para Angostura en 1819 y la República de Bolivia en 1826.

Esta versión moderna "tiene a su cargo la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa."

Las instituciones de este poder moral no tienen una injerencia directa en lo que se refiere a la formulación o administración del aparato de Política Exterior. Sin embargo, hay una constitucionalización de la obligación de cumplir con los tratados internacionales suscritos en materia de derechos humanos, digna de mención.

Estas instituciones son la Defensoria del Pueblo y el Ministerio Público:

Defensoría del Pueblo

El texto Constitucional establece para este novel órgano del Estado la siguiente regulación:

> "Artículo 280. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos o ciudadanas."

De esta manera, la Constitución le otorga al Defensor una capacidad casi ilimitada de integrarse a una visión integral del tema de la formulación e

51. Latouche Reyes, Miguel Angel, Ob. Cit. Página 128 o Area, Leandro. La Integración como Problema de Política Pública, en Area L. y Marquez Pompeyo. Venezuela y Colombia. Política e Integración. Caracas 1994. Editorial Panapo. Página 143.

implementación de una política exterior consensuada con alta base de apoyo y legitimidad, al otorgarle la representación de los intereses colectivos o difusos, representando así, una voz legítima en el concierto de los órganos burocráticos que forman parte de la administración.

Sin embargo, hasta la fecha, la actuación de la Defensoría en esta materia ha estado circunscrita al fortalecimiento institucional y la participación en eventos e intercambios internacionales[52], sin la participación en la formulación del tema.

Por otra parte, en el Artículo 285, se enumeran las atribuciones del Ministerio Público:

> "1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República."

La expresa facultad que se le otorga a estas instancias, dibuja por primera vez en Venezuela, un mandato para el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, que se complementan con remisiones directas a organismos internacionales, como es el caso de los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el Artículo Cuarto de las Disposiciones Transitorias o a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el artículo 103.

De esta manera podemos completar una incorporación plena de los más distintos actores de carácter global en la formulación y correcta ejecución de la política exterior en nuestro país. De la actuación del Ministerio Público podría obtenerse la solución particular al caso individual y luego reportar hacia otras esferas la forma como se ponen en práctica las decisiones que en el ámbito superior se aprueban en el área de la política exterior.

III. CONCLUSIONES

El presente papel esquematiza el diseño que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela propone para un sistema de política exterior compleja. De ello podemos afirmar lo siguiente:

1. El Presidente de la República pierde el monopolio de la Jefatura de la Política Exterior, debiendo recurrir al Vicepresidente Ejecutivo y a los

52. Defensoría del Pueblo. *Anuario de los Derechos Humanos 2001*. Ediciones de la Defensoría, Editorial Soluciones Gráficas. Caracas 2002.

ministros del ramo para refrendar sus actos. Se sientan las bases para una discusión sobre la agenda internacional y sus decisiones.

2. El Poder Legislativo como institución se mantiene en sus funciones, aunque se pierde la posibilidad de aprobación rápida por parte de la Comisión Delegada, lo cual podría presentar algunas dificultades en cuanto a la necesidad de aprobaciones en tiempo de receso de la Asamblea Nacional.

3. El Poder Judicial a través del Tribunal Supremo, ejerce el papel de intérprete máximo de la Constitución, por primera vez de manera expresa, incluso en materia de tratados internacionales. Sin embargo, las más recientes decisiones implican una restricción de los magistrados en cuanto a sus facultades.

4. Permite mayor participación de los distintos órganos del Estado en el manejo de la política exterior e incluso de la propia sociedad civil, a través de la Defensoría del Pueblo o del referéndum consultivo que prevé en el artículo 73, para algunos temas referidos a las relaciones internacionales.

5. Por primera vez se crea con rango constitucional una entidad con capacidad para coordinar a los órganos de la administración pública en el área internacional como es el Consejo de la Defensa Nacional. Sin embargo, se impone una revisión profunda del mismo como heredero del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, para que pueda responder a este nuevo diseño institucional.

6. La participación de los gobiernos estadales y municipales no quedó expresamente plasmada en el texto, pero las disposiciones que activaron el proceso descentralizador a partir de 1992 basadas en la Constitución de 1961, permitirían una intervención de este nivel del Ejecutivo en este tema, ya que las mismas permanecen inalterables en la Constitución vigente.

7. El futuro en el desarrollo de este esquema dependerá de la ponderación y uso que los personajes que la integran lo administren. Sin embargo, la práctica tradicional del tema, como una atribución exclusiva del Presidente de la República, aunado al gran personalismo del Presidente Chávez y su agenda reservada, no facilitan la consolidación de esta nueva aproximación al tema de la política exterior.

Este papel no es un punto llegada, por el contrario es un punto de partida que esquematiza desde la perspectiva del derecho una propuesta de análisis que considera fundamentales estudios multidisciplinarios para

acercarse a una propuesta viable que facilite y eleve la calidad en la toma de decisiones de una Política Exterior legítima en Venezuela.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución Venezolana y el Derecho Internacional.* Revista de Derecho Público No. 18. Abril-Junio 1984. Caracas.

ANGELI, ANGEL. *Agravios de Venezuela a Colombia*, Caracas 1981.

AREA LEANDRO Y MARQUEZ POMPEYO. *Venezuela y Colombia. Política e Integración.* Caracas 1994. Editorial Panapo.

BELLO, ANDRÉS. *Principios de Derecho Internacional Público.* Editorial Atalaya, Buenos Aires 1946

BIELSA, RAFAEL. *Compendio de Derecho Publico, Constitucional, Administrativo y Fiscal.* Buenos Aires 1952

BREWER-CARÍAS, ALLAN. *La Constitución de 1999.* Editorial Arte. Caracas, 2000

_____. *Debate Constituyente. Tomo I, II y III.* Fundación Derecho Público. Editorial RTE, Caracas 1999-2000.

_____. *Informe de la Descentralización en Venezuela 1993.* Editorial Arte. Caracas 1994.

_____. *"Las Constituciones de Venezuela"* editada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en Venezuela (Caracas 1997 Segunda Edición)

_____. *Derecho Administrativo Tomo I.* Ediciones de la Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas 1984 (3era edición)

_____. *Instituciones Políticas y Constitucionales.* UCAB, Caracas, 1972.

CARRILLO SALCEDO, J.A. *El derecho internacional en un mundo en cambio.* Editorial Tecnos. Madrid 1985.

COMUNIDAD ANDINA. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.* Publicaciones BID-INTAL. Buenos Aires. Tomo I al V.

DIAZ RANGEL, ELEAZAR. *Como Perez Jimenez recuperó Los Monjes*, Revista Tribuna, Caracas 1996

DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Decima Edición. Tecnos Madrid 1994. Página 251

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Anuario de los Derechos Humanos 2001*. Ediciones de la Defensoría, Editorial Soluciones Gráficas. Caracas 2002.

FITZMAURICE, GERALD. *Some Problems regarding the Formal sources of International Law*. Kluwer Academic Publisher 1958.

GARCIA PELAYO, MANUEL. *Derecho Constitucional*. Ediciones de la Revista de Occidente. Segunda Edición. Madrid.

GRAIG, PAUL Y G. DE BURCA, *EC LAW* Oxford University Press. 1996

GOGDANOR, VERNON. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford University Press. 1995.

GUERON, CARLOS. *El Congreso y la Política Exterior de Venezuela*. Caracas 1978.

HAIN, PETER. *The End of foreign Policy?* The Royal Institute of Internatonal Affairs. London 2001

HERRERA, EARLE. *Por qué se ha reducido el territorio de Venezuela?* Caracas 1990.

LATOUCHE REYES, MIGUEL ANGEL. *Democracia y política Exterior de Venezuela: Desafíos y Tendencias*. Revista Politeia No. 28. Instituto de Estudios Políticos . Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas 2002.

OLAVARRIA, JORGE. *Historia Viva 1998-1999*. Editorial Italgráfica, Caracas, 1999.

HOLSTI, OLSON. *Public Opinion and American Foreign Policy*, Michigan, 1996.

PEÑA GÓMEZ, MANUEL. *La Guerra Fría de Venezuela*, Bogotá 1988.

PINO, AUGUSTO. *Sistema de las Fuentes Constitucionales del Derecho Venezolano. Estudios sobre la Constitución de 1961. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo I. UCV. Caracas, 1979.

POLANCO ALCANTARA, TOMAS. *Breve Noticia sobre el comienzo de la reforma de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. En Fernando Parra Aranguren (Editor). Estudios de Derecho Público

Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas - Venezuela 2001

REMIRO BROTONS, ANTONIO Y OTROS. *Derecho Internacional.* Mc.Graw Hill. Madrid 1997.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Actuar en el Mundo. La Política Exterior de Colombia frente al Siglo XXI.* Ediciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Bogotá 1993.

REUTER, PAUL. *Introducción al derecho de los Tratados.* UNAM-FCE. Primera Edición en español. 1999.

REY, JUAN CARLOS. *Ensayos de Teoría Política.* Caracas 1980.

ROMERO, CARLOS. (Ed.) *Reforma y política exterior en Venezuela.* Editorial Nueva Sociedad. Caracas 1992

SAINZ BORGO, JUAN CARLOS. *El Derecho internacional y la Constitución de 1999.* Trabajo de Ascenso a la Categoría del Profesor Asistente. Aprobado con mención publicación UCV: Caracas 2002.

_____. *Régimen Internacional de la Constitución de 1999.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 121. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

_____. *Las Comisiones de Asuntos Fronterizos como herramienta de Política Exterior.* En CEFIR. *La Integración Fronteriza en el Grupo Andino y en la Unión Europea.* Montevideo - Uruguay. 1994

TORO JIMÉNEZ, FERMÍN. *Manual de Derecho Internacional Público.* Volumen 2. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982.

_____. *La Subjetividad jurídica internacional de los Gobernadores y Alcaldes según la Constitución Venezolana.* Instituto del Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual. Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas, 1997.

DE LAS DEMANDAS CONTRA LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS Y LA CASACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL*

POR JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY[1]

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto, el aporte de la jurisprudencia en el contencioso administrativo ha sido profuso y fructífero, a raíz de le entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se ha desarrollado de una forma mucho más dinámica, a los fines de adaptar las estructuras existentes a las nuevas exigencias constitucionales, cobrando a veces vida propia y que muchas veces un nuevo criterio, puede modificar bibliotecas enteras y años de doctrina.

A este fenómeno de "nuevas tendencias", no escapa el tema de las demandas contra los Estados y Municipios, con aportes no sólo de la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa sino de la Sala de Casación Civil. Dentro de estas nuevas tendencias jurisprudenciales, existen algunos criterios -no pacíficos-, que han tratado temas vitales dentro del Contencioso Administrativo, que implican una afectación directa de sus bases o lo que se ha dibujado (muchas veces a partir de la jurisprudencia, en especial, ante la falta de Ley especial que regule la materia), como dogmas inexpugnables, lo cual ha traído muchas veces problemas, algunos retóricos y otros fundamentales, en especial producto de esa separación que a veces se cree entre estudiosos de

---

*. El presente trabajo fue redactado y presentado en su oportunidad basado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

1. El autor es especialista en Derecho Administrativo y Gerencia Municipal. Cursante del Doctorado en Ciencias mención Derecho de la U.C.V. Profesor de Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Santa María.

diferentes ramas del derecho. En este contexto es conveniente mencionar a Hernando Morales Molina[2], cuando señala:

> "A pesar de que el proceso contencioso-administrativo es una figura netamente procesal y no administrativa, los procesalistas no le han otorgado la atención que merece, que en cambio han prestado, casi totalmente, a los procesos civil y penal, lo que explica por razones históricas, ya que éstos son tan antiguos como el derecho civil y el derecho penal mismos, y porque siendo el proceso contencioso administrativo contemporáneo del derecho administrativo, que apareció hace apenas un siglo, mientras los procesos civil y penal tienen una existencia milenaria, puede explicarse que el primero todavía sea materia secundaria en los estudios de derecho, quizás por no haber logrado su completa elaboración"

La anterior trascripción, depende de quien sea el lector, pudiere traer comentarios encontrados; sin embargo, no puede negarse la coexistencia necesaria entre el procesal y el contencioso administrativo, que como toda coexistencia - aún entre hermanos-, no en todas oportunidades son pacíficas; sin que dicha coexistencia implique fusión o pérdida de identidad entre ellas. Dentro de esta coexistencia, y en el marco de las nuevas tendencias, el presente trabajo tiene la finalidad de hacer un pequeño aporte, y traer al tapete algunos criterios jurisprudenciales en lo referido a las demandas contra los estados y municipios, aclarando de antemano, que el solo hecho de hablar sobre el contencioso de las demandas, ya sería por sí mismo, tratar de hacer una obra completa, por lo que nos limitaremos a algunas sentencias que en la actualidad marcan la pauta, y cuyo interés deviene de modificaciones jurisprudenciales de importancia.

Sin embargo, a los fines de tratar el tema, debemos en primer lugar, hacer unas consideraciones sobre el tema del contencioso en general, y sobre las demandas en el contencioso en particular.

II. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GENERAL

La jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, con rango constitucional debe entenderse como el conjunto de órganos judiciales[3] encargados de controlar la legalidad y legitimidad de cualquier actuación u omisión, y conocer de todas las relaciones jurídicas administrativas. Es, conforme al texto del artículo

---

2. MORALES MOLINA, HERNANDO "El proceso Contencioso Administrativo y su Comparación con el Proceso Civil" en la obra colectiva "DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO". Ediciones Rosaristas. Bogotá 1980. Pág. 79.

3. A diferencia de su nacimiento en Francia, que se instituía como órganos dependientes de la propia administración, pues existía una prohibición a los órganos judiciales de enjuiciarla.

259 Constitucional, la única capaz de anular los actos administrativos, conocer de la responsabilidad de la administración, condenar al pago de sumas de dinero y en general disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, (aún cuando resulta pertinente hacer la aclaratoria, que para algunos, no se trata de una verdadera jurisdicción, sino que se trata de una competencia[4]).

Sin embargo, no sólo controla la actividad administrativa, sino que se reconoce que todos los entes y órganos públicos están sometidos al principio de legalidad y ningún órgano, ente o acto está excluido de la revisión jurisdiccional, que incluso es competente para conocer de las abstenciones u omisiones del Poder Público, y cuya distribución de competencias entre el Tribunal Supremo de Justicia y los demás órganos que componen la jurisdicción, se rigen por un criterio orgánico y un criterio material[5], y que le corresponde igualmente conocer de actos dictados en ejecución directa de la ley, por órganos ajenos al Poder Público[6].

Pero no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad pues su función no es únicamente garantizar el apego a derecho de la actividad administrativa, sino proteger los derechos e intereses de los particulares, lo cual debe ser analizado desde el contexto del artículo 26 Constitucional[7].

---

4. Entre otros, podemos citar al Dr. Juan Carlos Apitz, el cual, refiriéndose a la jurisdicción contencioso administrativa, señala que: "pero, más que una verdadera jurisdicción ella es una competencia, una competencia especial. Así, la razón de ser del contencioso administrativo en Venezuela es la especialización de un grupo de jueces en una rama del Derecho concreta, específicamente en el Derecho Público, con el fin de asegurar una mayor efectividad en sus decisiones, como acontece con otras competencias especiales". Tomado de "La incidencia del Código de Procedimiento Civil en la Jurisdicción Contenciosa-administrativa", ponencia y publicación en el marco de las XXVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" en Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo. Barquisimeto. Venezuela 2003.

5. Desarrollar este punto nos llevaría a la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual, en primer lugar, escaparía al objeto del presente trabajo, además de ser la misma sumamente complicada, que nos lleva a horas de discusión, y que no puede ser tratado en la brevedad de una obra colectiva.

6. Entre los que se insertan los conocidos como "actos de autoridad", que no son otros que los actos dictados por entes privados en el desempeño de funciones en que la Ley le confiere la autoridad para dictarlos, y que pueden afectar la esfera jurídica subjetiva de particulares o administrados. Vg. colegios profesionales, asociaciones deportivas, universidades privadas, etc.

7. Artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela: "Todos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, inclusive los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

En este contexto de la "tutela judicial efectiva", y el amplio alcance del concepto, se ha expresado:

> "La efectividad de la tutela judicial presupone, *(I) en lo material,* la idoneidad de los mecanismos que ofrece el ordenamiento para una protección que requiera la intervención del juez; *(II) en lo subjetivo*, presupone un aparato judicial con jueces idóneos, cuya organización garantice el cumplimiento de esa finalidad, y de allí, una organización judicial fundada sobre la base de los principios de autonomía, independencia y responsabilidad... Pero si bien la tutela judicial nace como derecho constitucional asociado a la idea de justiciabilidad de la administración y a la materia penal, es lo cierto que la tutela judicial efectiva debe entenderse como derecho fundamental que comprende algo más: la intervención efectiva del Estado -a través de los órganos judiciales- para la resolución de los conflictos de todo orden, incluidos los jurídico- privados.
>
> Ciertamente, siendo la justicia una de las funciones del Estado, el acceso a los órganos encargados de impartirla, se erige en un derecho necesario para garantizar la primacía del ordenamiento y de los derechos que éste confiere, aunque lo más importante sea, sin duda, el respeto de los derechos humanos.
>
> La tutela judicial efectiva debe vincularse entonces con la garantía de la seguridad jurídica que protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos. Pero además, la tutela judicial es mecanismo garante del respeto del ordenamiento jurídico en todos los órdenes y la sumisión a derecho tanto de los individuos como de los órganos que ejercitan el Poder.
>
> Contribuye a la seguridad jurídica, en efecto, la existencia de un orden de tribunales encargados de hacer efectivo el respeto de los derechos y, en general, la debida aplicación de la ley y la sumisión del Poder al ordenamiento jurídico preexistente.
>
> En el restablecimiento de los derechos humanos, la tutela judicial efectiva es un derecho que los protege directamente, en los otros dos aspectos -resolución de conflictos jurídico-privados y control del poder arbitrario- es un derecho que se vincula además con la seguridad jurídica y con la paz social, que se genera cuando la justicia está a cargo de órganos del Estado o en todo caso cuando éste provee los mecanismos alternativos de resolución, bajo un régimen por él regulado.
>
> De manera que la tutela judicial efectiva es un concepto que va más allá de los aspectos que dieron lugar a su consagración constitucional: hacer

frente a la arbitrariedad del poder. Insistimos, ésta debe entenderse referida además a la resolución de los conflictos jurídico-privados, es decir, debe abarcar la posibilidad de acceder a órganos de justicia para resolver los conflictos mediante la aplicación del derecho al caso concreto de una manera tan eficaz como la que debe procurarse en los casos en que se halle involucrada la justiciabilidad de la administración u otro órgano del Poder Público"[8]

Dentro de este contexto de la tutela judicial efectiva, ciertamente se encuentra enmarcado el contencioso administrativo, que si bien es cierto, se inserta dentro del sistema de justicia -a diferencia de otros paises, donde forma parte de la propia administración- el Juez Contencioso Administrativo, participa de una especiales características dada las potestades que le otorga no solo la Constitución, sino la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que lo convierten en un juez inquisitivo o pretoriano, a los fines que coexistan el control de la legalidad frente a los intereses generales. En este orden de ideas, debemos hacer referencia al maestro Brewer[9], cuando señala que en nuestro ordenamiento jurídico, no existe elemento alguno que permita establecer una diferencia o dicotomía entre la jurisdicción "constitucional" y la "contencioso administrativa"; pues, si bien es cierto la nueva Constitución crea la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y le atribuye expresa, exclusiva y excluyente competencia[10], no es menos cierto que en primer lugar, todos los tribunales tienen la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (artículo 334 Constitucional), así como es de la competencia de la propia Sala Constitucional revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los otros Tribunales (Numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República de Venezuela).

En este sentido, ha sido igualmente cambiante la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, pues en un principio, conocer de acciones judiciales cuando se alegare inconstitucionalidad, era competencia de la Corte Suprema de Justicia, cuyo criterio se mantuvo con algunos vaivenes; sin embargo, la Sala

---

8. "TUTELA JUDICIAL EFECTIVA" conferencia dictada por MARÍA AMPARO GRAU en la Universidad Monteavila el día 25 de mayo de 2001 María Amparo Grau, publicada en la página web www.badellgrau.com.

9. BREWER CARIAS, ALLAN. "Nuevas tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela" Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993. Pág. 47.

10. A tal efecto, la Constitución atribuye competencia al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en lo referente al ejercicio de la jurisdicción constitucional (artículo 266, numeral 1), control concentrado de la Constitución (artículo 334, última parte), Interpretación Constitucional (art. 335), y el catálogo de competencias expresas referidas en el artículo 336 *eiusdem*.

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció con respecto al criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia y la aplicación del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, indicando:

> " ...debe esta Sala interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de la Constitución, a los fines de fijar su alcance, partiendo del hecho que la nueva Constitución delimitó claramente -como fuera señalado- la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa atendiendo al rango de los actos administrativos y no al motivo de la impugnación.
>
> En efecto, el artículo 259 de la Constitución otorga competencia a todos los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. Dentro de dichos órganos corresponde -según surge de la norma transcrita precedentemente- a los Juzgados Superiores con competencia en lo contencioso administrativo, el conocimiento de los actos emanados de las autoridades municipales y estadales, salvo que la acción o recurso se funden en razones de inconstitucionalidad, caso en que el Tribunal declinará la competencia en el Tribunal Supremo de Justicia.
>
> Ahora bien, considera esta Sala Constitucional que el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al impedir a los Juzgados Superiores con competencia en lo contencioso-administrativo el conocer de la nulidad de los actos administrativos (generales o particulares), cuando se aleguen vicios de inconstitucionalidad, contradice lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, por cuanto éste otorga facultades a los Tribunales en lo contencioso-administrativo para anular los actos administrativos generales o individuales por contrariedad a derecho, que comprende -sin lugar a dudas- tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad. Por otro lado, la norma a que se contrae dicho aparte del citado artículo 181 se aparta de la verdadera intención del legislador al regular temporalmente la jurisdicción contencioso-administrativa que era, por una parte, desconcentrar las competencias que tenía la Sala Político Administrativa, como el único tribunal contencioso administrativo, y por la otra parte, acercar más la justicia al ciudadano, sobre todo cuando existen controversias entre éstos y los entes estadales y municipales.
>
> De manera que, por tales circunstancias y en especial a que por mandato constitucional los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular actos administrativos por contrariedad al derecho, esta Sala Constitucional estima que la disposición contenida en el primer aparte del referido artículo 181 es a todas luces contraria a la Constitución, motivo por el cual, en uso de la

potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución, inaplica a los fines de determinar la competencia en el caso de autos, el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia 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 de este Tribunal Supremo, 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.

En virtud de lo anterior, y por cuanto en el presente caso se trata de un recurso de nulidad ejercido contra la norma contenida en el artículo 44 del Reglamento de Personal y Régimen Disciplinario del Personal del Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, corresponde su conocimiento y decisión a un Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región" (sentencia de la Sala Constitucional # 1944 del 4 de abril de 2000. Ponente Dr. Héctor Peña Torrelles. Caso: Nulidad del artículo 44 del Reglamento de Personal y Régimen Disciplinario del Personal del Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao).

Al igual que muchos especialistas en la materia, el Dr. Brewer Carías había referido sobre la inconstitucional distinción entre el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de ilegalidad, pues no se trata de recursos distintos, pues tal distinción solo cabria en cuanto a los motivos del recurso o los vicios que se le imputen al acto, pues tal distinción contraría expresamente lo indicado en la Constitución; sin embargo, la sentencia anteriormente transcrita pondría punto final a la discusión.

A partir de esta aclaratoria, podemos entonces referirnos a los tipos de acciones y recursos contencioso administrativos, distinguiéndolas en:

1. El *Contencioso de anulación de los actos administrativos,* independientemente de los motivos del recursos (bien sea por ilegalidad o inconstitucionalidad), y de los propios efectos del acto (efectos generales o particulares, efectos temporales o no).

2. El Contencioso *contra las conductas omisivas.*

3. El Contencioso de *interpretación* (el cual ha sufrido grandes modificaciones desde la entrada en vigencia de nuestra Constitución, y sobre el cual ya existe una amplia doctrina jurisprudencial.

4. El Contencioso administrativo de los *conflictos entre autoridades.*

5. Las *Demandas.*

6. El *Contencioso Contractual.*

Sin embargo, hay que destacar que la clasificación anterior, dependerá del autor, pues la mayoría incluye las reclamaciones contractuales en las demandas del contencioso administrativo; sin embargo, dada la especialidad de los contratos administrativos, y su particular regulación en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, referido no solo en cuanto a los motivos de la acción (interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos), tanto como por los sujetos intervinientes (en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades), cuya competencia está atribuida de forma exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo de Justicia[11] (artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), en Sala Político Administrativa

---

11. Aún cuando recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Político Administrativa ha atribuido la competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativo Regionales, para conocer de las acciones que se susciten con un especial tipo de contratos administrativos, como lo son los de venta de terrenos de origen ejidal. En este sentido, en su sentencia 392 del 5 de marzo de 2002, expresó:

"*La revisión de los anteriores razonamientos* [exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia] *demuestra que la intención del proyectista de la Ley fue desde un principio, como regla general, otorgar competencia a los Tribunales Contencioso-Administrativos regionales para conocer del contencioso de los contratos administrativos vinculados con entidades estadales o municipales, por lo que la interpretación que ha debido darse a la norma no era extensiva, sino limitando el conocimiento de esta Sala en materia de contratos administrativos, además de aquellos suscritos por la República, sólo a las causas relacionadas con contratos administrativos de Estados o Municipios que, por su trascendencia y repercusión en el colectivo, ameriten elevarse al conocimiento del Alto Tribunal..*

...no existen ya fundamentos válidos para que los jueces revisores de la legalidad de actos unilaterales emanados de personas político territoriales distintas de la República, no conozcan también de aquellos actos de naturaleza bilateral que emanan de esos mismos entes, y que por la naturaleza de los intereses debatidos, no suceptibles de incidir de manera grave y directa en la colectividad, no ameriten el examen del más Alto Tribunal.

Por el contrario, estima la Sala que la cercanía con el acontecer local y con los justiciables, en cuyas esferas de derechos inciden directamente tales actos, es una razón adicional que aconseja, como regla general, que sean los jueces superiores regionales de lo contencioso-administrativo quienes conozcan en primera instancia de los problemas suscitados con el cumplimiento, caducidad o nulidad de los contratos administrativos relacionados con ejidos.

En fin, que la suma de consideraciones antes expuestas así como el nuevo ordenamiento constitucional, entendido de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la Ley, invocado en otras oportunidades por la Sala Político-Administrativa, conforme al cual debe el órgano jurisdiccional interpretar el sentido y alcance de las leyes adaptándolas a la sensibilidad, al pensamiento y a las necesidades de los nuevos tiempos, con el fin de

(artículo 43 eiusdem), podría determinar considerarlo como un tipo especial de acción dentro del Contencioso Administrativo. En tal razón, cuando nos referimos en el presente trabajo a las demandas, y si bien es cierto, dentro de la regulación legal de los contratos administrativos, el objeto de la acción puede ser igualmente la pretensión de condena, lo hacemos con exclusión de las acciones que se susciten con motivo de los contratos administrativos.

III. DE LAS DEMANDAS CONTRA LOS ENTES PÚBLICOS

La Jurisdicción Contencioso Administrativa, prevista en el artículo 259 Constitucional, no se limita a la posibilidad de anular los actos, o pronunciarse sobre las conductas omisivas, sino a la posibilidad de condenar a la administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; sin embargo, como se observa de la clasificación anteriormente dada, debemos diferenciar entre el contencioso contractual, el cual abarcaría la responsabilidad contractual de la administración sujeta a la tipología del contencioso contractual, de la responsabilidad extracontractual que se encuentra comprendida en el contencioso de demandas al cual nos referiremos, siempre considerando lo indicado en el capítulo anterior, en el entendido que en algunos casos, la acción derivada de un contrato administrativo puede contener igualmente implicaciones de condena, lo cual lo equipararía al contencioso de las demandas en general.

Cuando nos referimos a las demandas en el contencioso administrativo, la misma emerge por el reclamo judicial, que denuncia la situación jurídica subjetiva lesionada por la conducta ilegítima de la administración, ante la ausencia de un título jurídico capaz de justificarla[12], pero debe dejarse en claro que no

---

ponerlas a tono con el ordenamiento jurídico ahora establecido, debiéndose rechazar los criterios anacrónicos que se opongan o dificulten la efectiva vigencia y fundamento del sistema jurídico; todo lo cual obliga a adaptar la interpretación de la norma comentada a los principios recogidos expresamente en el nuevo texto fundamental.

Concluye entonces la Sala que una interpretación coherente del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con los principios contemplados en la nueva Constitución y el sentido original de ese texto legal como instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción contencioso administrativa, conduce a sostener que el conocimiento de causas relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos, corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales. Así se declara".

12. Brewer Carias Allan, Tomo VII de Instituciones Políticas y Constitucionales. "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO". Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira. Caracas-San Cristóbal 1997. Pág. 465

toda demanda en que una de las partes sea un órgano del Poder Público, será una demanda dentro del contencioso administrativo, sino aquellas en que el sujeto pasivo de la relación procesal sea -en principio- un ente del Poder Público; es decir, que el demandado en la relación procesal sea este ente, con la característica general de orden negativo, en el sentido que ni en el objeto de la demanda ni en las pretensiones del actor hay actos administrativos a los que se cuestione su legalidad, ni tener pretensiones de anulación[13].

Sin embargo, no todas las personas jurídicas que responden a los intereses del Poder Público, son sujetos de demandas que correspondan a las conocidas en el Contencioso Administrativo, en cuyo apoyo parafrasearemos al Dr. Brewer Carías[14], cuando se refiere al ámbito subjetivo del contencioso de las demandas, toda vez que conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el criterio atributivo de competencia está determinado en razón de la persona, dependiendo fundamentalmente de si tiene forma jurídica *originaria* de derecho público[15].

A los fines de simplificar el punto, vamos a limitarnos a citar los sujetos que conforme la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pueden ser los sujetos pasivos en una demanda en el contencioso Administrativo, pues lo contrario sería desviarnos al tema de la organización administrativa y las diferentes formas organizativas, tema arduo y extenso, más no por ello, menos interesante.

En primer lugar, en el campo de las demandas en el contencioso administrativo, corresponde a los Tribunales de esta jurisdicción conocer *de las acciones*[16] *que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva* de las acciones. Dependerá de la cuantía de la demanda, la determinación de competencia -en cuanto al grado- para el conocimiento de la acción, de la siguiente manera: 1. Si la cuantía excede de cinco millones de bolívares, corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia, conforme las previsiones del

---

13. Al efecto se debe revisar Apitz, Juan Carlos: "La incidencia ...", ob. Cit. Pág. 459. Igualmente Brewer Carías, Allan: "Contencioso..." Ob. Cit. Pág. 466.

14. Brewer Carías, Allan, "Contencioso... " ídem.

15. Debemos citar necesariamente, la obra del Dr. José Peña Solís "Manual de Derecho Administrativo" Volumen Segundo. # 5 de la Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, cuyo capítulo VIII está dedicado a las personas jurídicas estatales.

16. Debe partirse del principio y darse por entendido que de estas *acciones* se encuentran expresamente excluidas las de nulidad y otras que sean propias y exclusivas el Contencioso Administrativo.

artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa (según las previsiones del artículo 43 ejusdem). Si la cuantía excede de un millón de bolívares, pero no pasa de cinco millones de Bolívares, corresponde el conocimiento de la acción (artículo 185) a la Corte primera de lo Contencioso Administrativo, y si la cuantía de la demanda no excede de un millón de bolívares, la competencia está atribuida a lo Juzgados Contencioso Administrativos Regionales (artículo 182). En consecuencia, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, distribuye la competencia de las demandas contra la República, Institutos Autónomos o Empresas del Estado en las cuales éste tenga participación decisiva, conforme al criterio exclusivo de la cuantía.

En cuanto se refiere a cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios, o las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares, corresponderá conocer en primera instancia a los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, de conformidad con las previsiones del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Con tal principio atributivo de competencia a los juzgados ordinarios, en principio, nada indica que se tratase de una acción que esté comprendida en el campo de la jurisdicción contencioso administrativa, pues el referido artículo señala que conocerán no solo de la acciones o demandas que se intenten contra un Estado o un Municipio, sino que igualmente conocerán de las acciones que la República, los Estados o los Municipios ejerzan contra los particulares; sin embargo, el artículo anterior, el 182, regula las apelaciones sobre la materia, otorgando competencia a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo (o los Tribunales Superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo)[17], para conocer de las apelaciones en las demandas que ante ellos se intenten contra un Estado o

---

17. En la Región Capital, que comprende los Estados Vargas, Miranda y Distrito Capital, así como en otras regiones del país, los tribunales con competencia en lo Contencioso Administrativo, son Tribunales especializados que solo conocen de ésta; sin embargo, en otras regiones, los Juzgados Superiores tienen competencia amplia entre las que se incluyen civil, mercantil, tránsito y contencioso administrativo.

18. Artículo 182. Los Tribunales previstos en el artículo anterior, conocerán también, en sus respectivas circunscripciones:

1. De la abstención o negativa de las autoridades estadales o municipales a cumplir determinados actos a 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;

un Municipio[18], así como de las demandas que se ejerzan contra sus entes descentralizados con forma de derecho público[19].

Es así, que aún cuando la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sus disposiciones transitorias determina que las acciones en las cuales ejerza un papel preponderante un estado o municipio, o sus institutos autónomos, conocerán los Tribunales ordinarios, sólo corresponde al campo contencioso administrativo, aquellas en que el sujeto pasivo sea la persona jurídica de derecho público de carácter territorial, o sus institutos autónomos.

En este orden de ideas, vale la pena destacar que en los casos de demandas contra los Estados y Municipios y sus entes descentralizados con forma originaria de derecho público, el procedimiento a seguir lo conforma una mixtura, que ciertamente lo hace único en nuestro sistema judicial, toda vez que se ejerce por ante un tribunal ordinario[20], para que éste conozca a través

---

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;

2. De los recursos de hecho intentados contra las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación en las causas cuyo conocimiento le corresponda en segunda instancia.

3. De las acciones o recursos de nulidad 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 esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal;

4. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas, en primera instancia, por los tribunales a que se refiere el articulo 181 de esta Ley o que conozcan de recursos especiales contencioso-administrativos;

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, pero no pasa de cinco millones de bolívares y su conocimiento no está atribuido por la Ley a otra autoridad;

7. De las controversias que se susciten con motivo de la adquisición, goce, ejercicio o pérdida de la nacionalidad o de los derechos que de ella derivan, sin perjuicio de lo establecido en la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución;

8. De cualquier otra acción o recurso que le atribuyan las leyes.

19. Si bien es cierto, el numeral 2 del referido artículo refiere a los Estados o Municipios como personas jurídicas de derecho público de carácter territorial, no podrían excluirse los entes descentralizados de derecho público, pues sería desconocer en principio, el alcance y competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; y en segundo lugar, desconocer el imperativo de fuero especial que confiere el artículo 259 Constitucional a ésta jurisdicción.

20. Al respecto conviene citar al profesor Gustavo Urdaneta Troconis ("El Contencioso Administrativo Municipal" Conferencia de las 1ª Jornada Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, editorial Vadell Hermanos, Valencia 1995), que en un

del procedimiento ordinario (artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), y cuya apelación se tramita por ante un Juzgador con competencia en lo Contencioso Administrativo[21], en sede contencioso administrativa, y en consecuencia, se tramitará conforme las previsiones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, es conveniente resaltar, que igualmente comprende un sistema de apelaciones absolutamente distinto al del derecho civil, pues necesariamente debe enmarcarse en la materia especial. Ello así, el principio general de la doble instancia, se pierde cuando la acción es conocida en primera (y única) instancia por el Tribunal Supremo de Justicia, por razones lógicas, toda vez que no existe Tribunal de alzada que pudiere conocer[22]. A su vez, si la acción es conocida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, su

---

ciclo de conferencias sobre Derecho Procesal administrativo, cifrando a su vez en parte a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, indicó:

"Vemos, pues, que en este punto la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece una regla derogatoria del propio sistema que ella misma configura, pues no atribuye la competencia a los tribunales que, según dicho sistema, normalmente tienen asignado el control contencioso-administrativo de los entes territoriales menores, es decir, los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos Regionales. Dichos tribunales sí tienen atribuida competencia para conocer de demandas contra entes estatales, pero sólo cuando se trate de la República, institutos autónomos o empresas del Estado... Esta solución, además de parecer contraria al principio constitucional que reserva a la jurisdicción contencioso administrativa la posibilidad de juzgar y condenar a la Administración, ha sido criticada en la doctrina, por considerarse incongruente la circunstancia de que la ley haya atribuido el conocimiento de las demandas contra institutos autónomos e, incluso, contra empresas del Estado, que son entes de derecho privado, a tribunales contencioso administrativos, mientras que la demandas contra estados y municipios, entidades territoriales de derecho público, hayan quedado sometidos a la jurisdicción ordinaria"

21. Al efecto, el Dr. Juan Carlos Apitz señala: "la combinación de normas adjetivas públicas y privada en el contencioso administrativo se justifica supletoriedad mediante, cuyo mecanismo de integración se manifiesta en concreto en una analogía legal, a la que el intérprete debe acceder con mucho cuidado para no desdibujar la fisonomía de cada jurisdicción, que tienen sus propios y particulares fines y valores, que permiten en cada una de ellas referir un caso de verdadera especialidad competencial.

22. Hay que señalar la posición errada de algunos abogados que pretenden ver a la Sala Constitucional o a la Sala Plena como Tribunal de Alzada de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, llegando incluso al extremo de anunciar "casación", cuando tanto la Constitución como la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, otorga competencia al máximo Tribunal, y la *distribuye* entre las respectivas salas, debiéndose entender como una distribución horizontal que no implica ni jerarquía ni prevalencia. Salvo que se trate de la interpretación constitucional, cuyas decisiones de la Sala Constitucional, son vinculantes para las otras Salas, y la posibilidad extraordinaria de la "revisión", que no puede entenderse nunca ni como apelación ni como casación. (Sala de Casación Civil, 12.09.03. caso Municipio Sucre del Estado Miranda.

decisión puede ser apelada por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, e igualmente, si la decisión es dictada por el Juzgador Superior Contencioso Administrativo, la decisión admite apelación por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin que hasta los momentos exista la posibilidad de anunciar contra esa última decisión en alzada, recurso extraordinario de Casación.

Sin embargo, cuando se trata de demandas contra los Estados y Municipios, pareciera que esta última condición ha sufrido modificaciones, conforme lo veremos en el siguiente capítulo.

En cuanto se refiere al sujeto pasivo de la acción ejercida, es precisamente este elemento lo que determinará si una determinada demanda o acción corresponde al campo del derecho común, o a la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, si la acción es ejercida contra la República, Estado o Municipio, o algunos de sus institutos autónomos, o empresa del estado en el cual éste tenga participación decisiva, entra en consecuencia al campo de esta jurisdicción.

Puede darse el caso que el sujeto pasivo en principio, no sea uno de los entes que definen la competencia de la demanda como contencioso administrativa; es decir, si es demandado un particular o algún ente del poder público con forma de derecho privado que no determine la competencia del contencioso (p.ej. fundaciones), pero si en el curso del proceso se solicita la intervención forzosa de algunos de estos sujetos de derecho (artículos 382 y siguientes del Código de Procedimiento Civil), o si en un caso que algunos de los mismos sea el demandante y opera la reconvención o contrademanda (artículos 365 eiusdem), cambia la naturaleza de la acción que sería de derecho común, para entrar en el campo de las demandas en el Contencioso Administrativo[23].

En el mismo sentido se entiende, conforme al numeral 16 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, *en los juicios en que se ventilen varias acciones conexas, siempre que a la Corte esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas,* corresponderá a ésa el conocimiento de la acción.

Esto nos lleva a la conclusión, que cualquier forma de intervención como sujeto pasivo de la relación procesal de algunos de los entes indicados

23. El segundo de los casos fue objeto de pronunciamiento en reciente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha . En aplicación del mismo argumento, el llamado a intervención forzada conllevaría al mismo supuesto.

anteriormente, enmarca la acción en el campo del contencioso administrativo, lo que nos lleva a su vez a un punto singularmente importante, que consiste en la derogatoria en estos casos del principio de competencia en razón no solo de la materia, como se ha venido sosteniendo, sino que implica a su vez, la inaplicación de los principios atributivos de competencia en razón del territorio[24] previstos en los artículos 40 y siguientes del Código de Procedimiento Civil[25].

Del mismo modo, y solo a título recordatorio, no debemos olvidar algunos requisitos propios para el ejercicio de la acción, como puede ser el antejuicio administrativo[26] (artículos 54 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), y los privilegios y prerrogativas procesales de la República (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley Orgánica de Hacienda Pública, así como en muchas otras leyes), de los Estados (artículo 33 de la Ley de Descentralización), y de los

---

24. Que de conformidad con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, y por ser referido a la competencia del Tribunal, es considerado como de orden público

25. Conviene transcribir lo previsto en los artículo 40, 41 y 42 del referido Código, que expresan:

    Artículo 40.- Las demandas relativas a derechos personales y las relativas a derechos reales sobre bienes muebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde el demandado tenga su domicilio, o en defecto de éste su residencia. Si el demandado no tuviere ni domicilio ni residencia conocidos, la demanda se propondrá en cualquier lugar donde él se encuentre.

    Artículo 41.- Las demandas a que se refiere el artículo anterior se pueden proponer también ante la autoridad judicial del lugar donde se haya contraído o deba ejecutarse la obligación, o donde se encuentre la cosa mueble objeto de la demanda con tal de que en el primero y en el ultimo caso, el demandado se encuentre en el mismo lugar.

    Sin embargo, por una cosa mueble que tuviere consigo fuera de su domicilio, podrá dar fianza para responder de ella ante el Tribunal competente de su propio domicilio, si se tratare del último de dichas casos.

    Los títulos de competencia a que se refiere este artículo, son concurrentes con los del artículo anterior, a elección del demandante.

    Artículo 42.- Las demandas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde esté situado el inmueble, la del domicilio del demandado, o la del lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el demandado, todo a elección del demandante.

    Cuando el inmueble esté situado en el territorio correspondiente a dos o más jurisdicciones, la demanda se podrá proponer ante la autoridad judicial de cualquiera de ellas, a elección del demandante.

26. Artículo 63 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: *"Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República."*

Municipios (artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal[27], aplicables igualmente a sus institutos autónomos (artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

Por último, y dada su importancia, nos permitiremos citar la sentencia del 26 de junio de 2000 (caso: sociedad mercantil PROMOCIONES URBANÍSTICAS GUARA, C.A.), dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la procedencia del procedimiento monitorio en las demandas en el contencioso administrativo. En este sentido, la referida Sala indicó:

> "Con los procedimientos contenciosos administrativos se busca, por un lado, el control de la administración en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de los actos dictados por ella; y por el otro, el control de la administración en cuanto a la responsabilidad contractual y extra-contractual en la que ella incurra, con lo cual se tutelan los derechos e intereses de los administrados frente a las actuaciones de la administración; así está consagrado en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo texto se expresa lo siguiente:.. 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." (Destacado de la Sala) Teniendo en cuenta la mencionada situación, conviene hacerse la siguiente pregunta: ¿puede emplearse como medio para la satisfacción de las pretensiones de los administrados el procedimiento de intimación cuando se demanden a los entes de la administración pública?.
>
> En el caso sub júdice se solicitó se tramitara la presente demanda mediante el procedimiento de intimación. El procedimiento de intimación es un procedimiento especial, mediante el cual se trata de buscar en forma

---

Artículo 33 de la Ley Orgánica de Descentralizacion, Delimitacion y Transferencia De Competencias Del Poder Publico. *"Los Estados tendrán, los mismos privilegio prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República"*.

Artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: *"El Municipio gozara de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga la Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto sean aplicables"*

27. Como se mencionó el antejuicio administrativo, no debemos olvidar que los privilegios deben ser considerados bajo una óptica absolutamente restrictiva.

rápida un título ejecutivo invirtiendo la situación del contradictorio, el cual sólo llega a presentarse si el demandado lo plantea.

Presentada la demanda con los títulos que demuestren la existencia de la obligación, el juez debe decretar la intimación de la parte demanda, quedando la posibilidad del contradictorio a cargo del demandado. La falta de oposición formal y oportuna, hace que el decreto de intimación adquiera fuerza ejecutiva y de cosa juzgada, con lo cual puede procederse de inmediato a la ejecución de lo demandado.

En el presente caso, estamos ante una demanda contra un ente público territorial, derivada de su actuación con motivo de un contrato celebrado entre la sociedad mercantil Promociones Urbanísticas Guara, C.A. y el Estado Delta Amacuro; ante tal situación, considera esta Sala que las demandas que se intenten contra los entes que conforman la administración pública, no pueden tramitarse mediante el procedimiento de intimación, en razón de los intereses colectivos o generales que se protegen; y además, por la especial característica de estos procedimientos contenciosos, sometidos a regulaciones de la legislación especial, consistente en que una de las partes es un ente de la administración pública, lo que impide el empleo de este procedimiento especial para la satisfacción de las pretensiones de los administrados.

Ahora bien, el proceso es un instrumento de resolución de conflictos, en el cual se ventilan y se discuten, fundamentalmente, las pretensiones de la partes en relación al derecho sustantivo; pero además de discutirse las pretensiones de las partes, se discuten los aspectos formales relativos al mismo, es decir, los llamados presupuestos procesales, de los cuales tampoco escapa el procedimiento contencioso administrativo. Estos presupuestos procesales son: las condiciones formales sin las cuales no puede formarse una relación procesal válida y los requisitos indispensables para que un juez pueda dictar un pronunciamiento válido en cuanto al fondo. La Sala considera que la adecuada escogencia del procedimiento a través del cual los administrados pretendan la satisfacción de sus pretensiones, constituye un presupuesto procesal o condición formal ineludible, sin la cual no puede formarse una relación procesal válida, ni el juez pueda dictar un pronunciamiento de mérito también válido.

Siendo ello así, esta Sala tomando en cuenta la función del juez como rector del proceso, quien debe procurar la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal; atendiendo a las premisas anteriormente señaladas y a que una de las partes demandadas es un ente de la administración pública; considera que al haberse tramitado la presente demanda, empleando

erróneamente el procedimiento especial de intimación, debe declararse la nulidad de todo lo actuado y reponerse la causa al estado de que se admita la demanda por el procedimiento ordinario, tal como lo prevé el artículo 103 de la ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal.

Sin embargo, se evidencia de las actas del expediente que en fecha 5 de octubre de 1999, el abogado Federico Sandoval Sandoval, actuando con el carácter de representante judicial de la Procuraduría General del Estado Delta Amacuro, hizo formal oposición a la intimación, solicitando se dejara sin efecto el decreto de intimación; por lo que, conformidad con el artículo 652 del Código de Procedimiento Civil, el presente proceso continuó tramitándose por el procedimiento ordinario; razón por la cual la declaratoria de nulidad de las actuaciones y la reposición de la causa, carecen de finalidad útil. Por ello, lo procedente es ordenar la continuación del procedimiento ordinario en curso. Así se decide.

La anterior sentencia recoge varios aspectos que conviene resaltar, en los cuales se conjuga la especialidad del contencioso administrativo, toda vez que un ente público político territorial era el sujeto pasivo de la relación, entrando en juego necesariamente los privilegios procesales de los Estados, y nos lleva a la necesaria conclusión, que si bien es cierto, las demandas contra los Estados y Municipios, se ventilan en primera instancia a través del juicio ordinario y las normas del Código de Procedimiento Civil, no es posible aplicar cualesquiera de los diferentes procedimientos que el mismo contempla; es decir, la aplicación del Código de Procedimiento Civil no es absoluta ni amplia, sino absolutamente restringida a aquellos procedimientos que garanticen los privilegios del ente territorial y las especiales características del contencioso administrativo, que no se pierden, aún cuando se tramite por el juicio ordinario ante tribunales ordinarios. Por ello, creo conveniente repetir una cita de la misma sentencia que señala:

"...que las demandas que se intenten contra los entes que conforman la administración pública, no pueden tramitarse mediante el procedimiento de intimación, en razón de los intereses colectivos o generales que se protegen; y además, por la especial característica de estos procedimientos contenciosos, sometidos a regulaciones de la legislación especial, consistente en que una de las partes es un ente de la administración pública, lo que impide el empleo de este procedimiento especial para la satisfacción de las pretensiones de los administrados."

IV. DE LA JURISPRUDENCIA

Corresponde en consecuencia, previo breve y rasante paseo por el contencioso y las demandas en el contencioso, analizar algunas sentencias

de reciente data, las cuales nos trae criterios novedosos y que deben ser considerados.

Tal como se indicó anteriormente, de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 183), los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia, en sus respectivas circunscripciones judiciales, de cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios, con apelación por ante los Juzgados Superiores que tengan atribuida competencia en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 182 de la misma Ley, cuya decisión a su vez, constituía la última instancia y sobre la misma no procedería más recurso, (salvo el de revisión conforme lo previsto en la vigente Constitución), tal como había sido el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil tanto de la Corte Suprema de Justicia, como por el Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, debemos invocar la sentencia de fecha 6 de abril de 2000, dictada por la Sala de Casación Social, (Caso: Rancho Addy), que a su vez invoca como antecedente una sentencia de 1993. donde señaló:

> "El recurso de casación es el extraordinario en los juicios civiles, mercantiles y especiales del trabajo, tránsito y agrario, a ser ejercido en las oportunidades señaladas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, esta Sala de Casación Civil reitera en el presente fallo que los Códigos y Leyes Nacionales no prevén la existencia, ni regulan el ejercicio del recurso de casación contra sentencias dictadas, en ninguna instancia, por órganos de la jurisdicción contencioso, administrativa, con motivo de recursos contencioso-administrativos, en cualquiera de sus modalidades." (Auto de la Sala de Casación Civil del 27 de mayo de 1993, en el juicio de José Manuel Chalbaud de Ibarra, expediente Nº 93-027).
>
> *Está claro, que al ser el Municipio parte demandada en el presente juicio, por aplicación del artículo 182 ordinal 3º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y de las previsiones legales de dicha ley, que no contempla la posibilidad de ejercer el recurso de casación contra las decisiones emanadas de los Tribunales Superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo, deberá declararse inadmisible el recurso de casación interpuesto. Así se decide.*

Como se señaló anteriormente, tal era el criterio imperante en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, recogido igualmente por la doctrina; sin embargo, en reciente sentencia de la misma Sala de Casación Civil, señaló:

Como se desprende de la doctrina anterior, ha sido el criterio imperante para la Sala, que aquellos juicios donde participen los Municipios, no tienen casación, específicamente se ha señalado que cuando la parte accionada sea un Municipio "...la decisión recurrida al ser dictada por un Tribunal con competencia en lo Contencioso Administrativo y ser la parte demandada un Municipio, debe aplicársele lo establecido en el ordinal 3° del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia...."

Tal criterio tuvo como fundamento la doctrina contenida en Auto de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 27 de mayo de 1993, en el juicio de José Manuel Chalbaud de Ibarra, expediente N° 93-027.

No obstante, en aras de adecuar los postulados de la legislación preconstitucional a la nueva realidad surgida al entrar en vigencia la Carta Magna que hoy nos rige, la Sala considera necesario revisar su criterio sobre admisibilidad del recurso de casación en este tipo de juicios, en razón de lo cual hace las siguientes consideraciones:

1.- En el caso bajo estudio, se discute una pretensión procesal cuya materia es netamente civil. En efecto, en el presente juicio se reclamó la indemnización de daños y perjuicios consecuencia de hecho ilícito. La materia del juicio, entonces, es de naturaleza civil.

2.- El proceso se sustanció a través del juicio ordinario, de acuerdo a las normas que estable el Código de Procedimiento Civil. La cuantía estimada hace que se esté en presencia de juicio de mayor cuantía

3.- La sentencia de primer grado, fue dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira. De igual manera, la decisión del tribunal de alzada lo fue con base a su competencia funcional en la misma materia.

Por consiguiente, habiéndose sustanciado el juicio por las normas del derecho común, a través del procedimiento civil ordinario, en un juicio de mayor cuantía, debe garantizársele el acceso ante la Sala natural que en este caso, lo constituye la de Casación Civil.

En efecto, no es garantía alguna del derecho a la defensa, dar por terminado un juicio con todas las características del procedimiento civil ordinario, de mayor cuantía, sin el recurso que por excelencia controle la decisión del Juez Superior, más aún cuando no existe prohibición alguna que justifique semejante planteamiento.

Sobre la base de estas consideraciones, la Sala entiende que la recurrida puede enmarcarse perfectamente dentro del elenco de sentencias

recurribles en casación contenidas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, pues el ordinal 1° señala que el recurso de casación podrá proponerse contra "...las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares, salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía..."

Por otra parte observa la Sala que de acuerdo a los postulados contenidos en el artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia:

1. De cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estado o Municipios;

2. De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares.

A renglón seguido la citada norma dispone que "...De las apelaciones y demás recursos que se interpongan contra las decisiones de estos tribunales, conocerán los tribunales a quienes corresponda hacerlo, en conformidad con el derecho común, *si la parte demandada es un particular...*" (Destacado de la Sala).

Lo anterior significa que si el demandado es un particular y el demandante es un Estado o un Municipio conocen los tribunales ordinarios y, en consecuencia, no existe limitación alguna para el ejercicio del recurso extraordinario de casación, si hubiere lugar a ello pero, por argumento en contrario, si el demandado es un Estado o Municipio, conoce un juzgado superior con competencia en lo contencioso administrativo y en principio como se ha venido sosteniendo, que le privaría de este recurso.

Tal situación, desde luego, significa una lesión al principio de la igualdad entre las partes, con el agravante de que quien resulta perjudicado es un Estado o un Municipio, entidades que, mas bien, por mandato de la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público y de la Ley Orgánica de Régimen Municipal respectivamente, gozan de los privilegios procesales que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional consagra al fisco nacional, razón por la cual esta Sala considera necesario corregir de inmediato.

No encontrando ninguna disposición legal que restrinja el recurso de casación para aquellas decisiones emanadas de los juicios civiles, decididos en segunda instancia por los Juzgados Superiores en lo Civil

> y Contencioso Administrativo, resultando esta restricción totalmente violatoria del derecho esencial de defensa e igualdad de las partes en el proceso, principios contenidos en los artículos 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala de Casación Civil, a partir de la publicación del presente fallo, admitirá el recurso de casación para aquellos procesos donde se debata la materia civil o mercantil, que sean de mayor cuantía, aunque la parte demandada sea un Estado o un Municipio y por ende, sean decididos por un Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo, criterio que será aplicable a aquellos recursos que incluso esperen por decisión ante esta Sala de Casación Civil. Así se decide.

Tal criterio ha sido recientemente ratificado en sentencia del 25 de abril 2003, de la misma Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso: Marisol Cenci Entralgo, en representación legal de su menor hijo Leonardo Segundo Cenci Entralgo, contra la Gobernación Del Estado Táchira

La discusión se suscita, en tanto y cuando, había sido pacífica la jurisprudencia, al indicar en primer lugar, que en el contencioso administrativo, no procede el recurso de casación, y toda vez que las demandas en el contencioso, parten de la misma esencia, tampoco procedía en éstas, aún cuando fueran conocidas en primera instancia por un tribunal ordinario, puesto que algún sector de la doctrina, y así acogido por algunas decisiones incluso del Máximo Tribunal, habían señalado que en tales casos, el juzgado ordinario funge como "contencioso administrativo eventual".

Tal justificación daba cabida y coherencia a lo previsto en la Constitución, en referencia a la jurisdicción contencioso administrativa, con la norma atributiva de competencia referida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez, otorga el conocimiento en segunda instancia.

Se observa que no ha sido pacífica la posición por parte de la Sala de Casación Civil, toda vez que se había negado, de manera más o menos categórica, la posibilidad de ejercer el recurso de casación, cuando se trate de demandas que correspondan a las del "contencioso administrativo", para posteriormente indicar que las mismas son perfectamente viables y que efectivamente procede la "casación", cuando se trate de demandas contra estados y municipios. Sin embargo, la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aparentemente es distinto, lo cual lo podemos ver en algunas decisiones, como las que se indican a continuación:

> "Al respecto, aprecia esta Sala que el recurso de casación es un medio de impugnación de las sentencias definitivas, dictadas en segunda

instancia, que sólo procede cuando se han agotado todos los recursos ordinarios que ofrecen las leyes procedimentales - carácter extraordinario-, cuyo fin es anular el fallo, por haber incurrido en ilegalidad o inconstitucionalidad, en la forma o en el fondo.

Así, teniendo el recurso de casación un carácter extraordinario y por tanto especial, para su procedencia se requiere que el mismo esté previsto en un texto legal en forma expresa, no pudiendo en consecuencia -a falta de la referida consagración legislativa- consagrarse su existencia.

En este orden de ideas, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, al consagrar el recurso de casación, determina que el mismo puede proponerse contra decisiones dictadas en asuntos civiles y mercantiles, de jurisdicción especial, sobre estado y capacidad, así como contra autos en etapa de ejecución y laudos arbitrales.

Por su parte, en materia Penal, el Código de Enjuiciamiento Criminal - vigente para la época en que fue interpuesto en el recurso de casación referido en autos- expresa con respecto a dicho recurso:

Artículo 327: "El recurso de Casación podrá interponerse en los procesos penales no exceptuados por la Ley, contra las sentencias y autos determinados por ella".

Ahora bien, por lo que respecta a los juicios contenciosos administrativos, se observa que los artículos anteriormente transcritos, no prevén al recurso extraordinario de casación como medio de impugnación susceptible de ser utilizado contra las sentencias que se dicten en esta materia.

Así lo dejó sentado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en su decisión de fecha 12 de marzo de 1992, reiterada el 27 de mayo de 1993, cuando estableció lo siguiente:

"...El recurso de casación es el extraordinario en los juicios civiles, mercantiles y especiales del trabajo, tránsito y agrario, a ser ejercido en las oportunidades señaladas en el artículo 312 del Código de Procedimiento civil. Al respecto, esta Sala de Casación Civil reitera en el presente fallo que los Códigos y las Leyes Nacionales no prevén la existencia, ni regulan el ejercicio del recurso de casación contra sentencias, en ninguna instancia, por órgano de la jurisdicción contencioso-administrativos, en cualquiera de sus modalidades...".

(Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 10 de agosto de 2000. caso: ENRIQUE PEREZ ESCRIBANO).

La anterior decisión fue dictada con motivo del recurso de casación que fue declarado inadmisible por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el marco de la apelación formulada contra una declaratoria de nulidad de un acto dictado por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura. Debe destacarse que la propia sentencia que cita la Sala Constitucional como antecedente jurisprudencial, es la misma que citó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el caso Rancho Addy, criterio del cual se apartó posteriormente la misma Sala.

La sentencia anteriormente citada señala que "*Así, teniendo el recurso de casación un carácter extraordinario y por tanto especial, para su procedencia se requiere que el mismo esté previsto en un texto legal en forma expresa, no pudiendo en consecuencia -a falta de la referida consagración legislativa- consagrarse su existencia.*". En este orden de ideas, las demandas contra los estados y municipios se rigen necesariamente por lo previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y es por remisión expresa de esta Ley, que los conocerá un tribunal ordinario mediante el procedimiento ordinario en primera instancia, (competente eventual) para en segunda instancia volver al procedimiento contencioso administrativo, en un juzgado contencioso administrativo. Bajo tales argumentos, no sería viable el recurso de casación en las demandas contra los estados y municipios.

Del mismo modo hay que señalar que el anterior criterio transcrito parcialmente, no constituye un hecho aislado, sino que la misma Sala Constitucional, en reciente sentencia del 9 de julio de 2003, caso AREPERA RESTAURANT EL FOGONAZO C.A., expediente 1574, señaló:

> "Al respecto, observa esta Sala que, efectivamente, como lo sostuvo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contra la decisión mediante la cual se declaró la caducidad de la acción, no cabía recurso ordinario de apelación, ni recurso extraordinario de casación, pues se trataba de una decisión dictada en el curso de un juicio de invalidación contra una sentencia dictada por un juzgado con competencias contencioso administrativas.
>
> En ese orden de ideas, por mandato del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil sólo cabe la impugnación de la decisión adoptada en el recurso de invalidación, mediante el recurso de casación sólo "si hubiere lugar a ello", lo cual no se da en el caso de autos, pues el juicio principal es de naturaleza contencioso administrativa, materia donde ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de diferentes Tribunales de la República de inadmitir el recurso extraordinario de casación, pues el tribunal competente dentro del orden competencial del Tribunal Supremo

> de Justicia para su conocimiento sería la Sala Político Administrativa y no la Sala de Casación Civil, que no tiene atribuido el conocimiento de dicho recurso por mandato del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que lo limita en su numeral 1° "contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles".

Se observa entonces, que ciertamente el criterio de la Sala de Casación Civil, difiere tanto del esgrimido por la Sala Constitucional, como la de Sala Político Administrativa . El criterio sostenido en la última de las sentencias indicadas amplía un poco más allá el criterio, pues se trataba de un juicio de invalidación, el cual no se encuentra previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino en el Código de Procedimiento Civil, y sin embargo, por tratarse de un juicio de invalidación contra una sentencia dictada por un tribunal con competencia contencioso administrativo, se enmarca dentro del mismo ámbito, y en consecuencia, no procede recurso de casación.

Expuestos los criterios de las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, surge la necesidad de unificarlos. Algunos estudiosos de la materia, creen necesario la posibilidad del ejercicio del recurso de casación en esta materia, cuando de demandas se trata; sin embargo, si la intención es la posibilidad de la existencia de casación solo para las demandas contra los estados y municipios (lo cual no luce lógico), debemos entender, para ser coherentes con el criterio de la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa, que tales acciones escapan del elenco de procesos contencioso administrativos; o indicar que en todas las demandas contencioso administrativas pudiere ejercerse dicho recurso, o en definitiva, sostener, tal como lo ha indicado la Sala Constitucional, que no existe posibilidad del recurso de casación en el contencioso administrativo, incluyendo las demandas contra los estados y municipios.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. SU VISIÓN EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

POR OCTAVIO SISCO RICCIARDI

SUMARIO. I. LA CAUSA DE EXISTENCIA DEL ESTADO. *1. Poder público y necesidades sociales. 2.La posición del Estado Social.* II. UTILIDAD DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. *1.Su función histórica. 2. La necesidad de un concepto jurídico.* III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO VENEZOLANO. IV. ACTIVIDADES CONSIDERADAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS. V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. VI. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROBLEMA. 1. *La incidencia de la Constitución. 2. La reserva de los Servicios esenciales al Poder público.* VII. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. VIII. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIO PÚBLICO Y OTRAS FIGURAS AFINES. 1. *Servicios de interés público. 2. Servicios mínimos. 3. Servicios públicos impropios o virtuales.* IX. CONCLUSIONES.

El Estado Social y Democrático consagrado en la Constitución de 1999 exige un compromiso prestacional por parte del Estado. Ello quiere decir que la Administración pública ha de llevar a cabo una actividad positiva de prestación de servicios públicos de la que están llamados a ser beneficiarios todos los ciudadanos.

Las primeras noticias sobre la prestación de los servicios públicos en Venezuela, datan a finales del siglo XVI. La entonces cuadrícula colonial de la

ciudad de Caracas rodeada de quebradas, ríos y riachuelos vio satisfecha los requerimientos del preciado líquido. Por el medio de todas sus calles corrían frescas acequias que llevaban el agua a todas sus viviendas. Hacia el norte de la ciudad fue establecida la Caja de Agua de donde partían la red de acequias. Éstas permanecieron abiertas hasta el año de 1593, cuando el Cabildo ordenó a los vecinos mandarlas a cubrir, pero la indiferencia del vecindario en aquellos tiempos obligó al Cabildo caraqueño a acometer los trabajos directamente. Entonces, era el municipio, entidad pública, quien asumía directamente la prestación de estos servicios. Hoy en día, la complejidad del mundo en que vivimos, el desarrollo vertiginoso y anárquico de nuestras ciudades, ha emplazado al Estado a confiar la atención de los servicios públicos a otras personas, desde el agua hasta la Internet, pero ¿qué se entiende por servicios públicos?

Sin entrar a analizar el auge y decadencia de la noción de servicio público, que nos vino de Francia -donde se afirmaba que todos los servicios públicos eran las organizaciones que formaban la estructura misma del Estado- [1]se intenta definirlo como *toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general*[2].

---

1. Esta concepción estatista de servicio público fue desarrollada por la denominada Escuela de Burdeos, con DUGUIT a la cabeza, -la cual imperó en casi todo el mundo occidental después de la Segunda Guerra mundial- que idealizó al Estado como titular de derechos objetivos anteriores a éste. Además, al desplazar la idea de poder público, con fundamento a una concepción pretendidamente antiautoritaria y solidarista, y hacer del Estado una especie de cooperativa de servicios públicos se dio otra paradoja pues, en definitiva, desaparecieron los límites materiales del poder público, el que pudo ser ejercido discrecionalmente por el Estado con el objeto de cumplir con sus responsabilidades sociales en aras del interés general. CASSAGNE, Juan Carlos. *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción).* Revista de Administración Pública. n° 140 Mayo-Agosto 1996. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 98 y 99. Se ha dicho que *"el servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones entre el Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica había que citar además de Rousseau, a Locke y Hegel"*. MELIÁN GIL, José Luis. *El servicio público en el derecho actual.* Revista de Derecho Administrativo, n° 17, Buenos Aires, 1995. No obstante, para HARIOU el Derecho administrativo se encuentra más orientado hacia *la gestión de los servicios públicos* que a la pura policía y constituye una noción capital del *régimen administrativo*, junto con el poder público. Mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración pública, el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que autolimita el poder de la *idea de servicio*. HARIOU, Maurice. *La gestion administrative*, trad. Española publicada bajo el título Obras escogida, pág 71.
2. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. 9ª Edición. FCJP. UCV. Caracas 1992, p. 244.

Partiendo de esta definición, es conveniente comenzar el estudio de los elementos que la integran y nos permitan partir de una ligera aproximación, hasta llegar a un concepto más detallado.

Así pues, destacamos en primer lugar el criterio funcional que hacer ver al servicio público como una ACTIVIDAD que constituye una tarea emprendida por los órganos que se encuentran dentro de la estructura organizativa del Estado, a los cuales se le atribuya tal competencia. Sin embargo, aquellos servicios ejecutados por órganos que no formando parte de este perfil estatal cometen actividades de interés general pertenecen a otra noción que consideraremos en orden a establecer características diferenciales y poder concretar el significado de servicio público.

Ahora bien, esta apreciación genérica nos conduce a determinar tres aspectos fundamentales, y en este sentido cómo debe entenderse la creación, aplicación y finalidad de los servicios públicos es lo siguiente que debemos analizar.

En cuanto al nacimiento de los servicios públicos, siendo una actividad estatal, es el ordenamiento jurídico quien participa en su formación. El servicio público debe ser DECLARADO POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY para que la Administración pueda dar satisfacción regular a una necesidad pública.

Respecto a la aplicación del servicio público, se trata de señalar el ente que tiene la obligación de practicarlo, el cual debe responder a una ACTIVIDAD ASUMIDA O ASEGURADA POR UNA ENTIDAD PÚBLICA TERRITORIAL. En efecto, toda actividad erigida en servicio público ha de ser, en principio, desplegada por el Estado a través de sus entidades públicas territoriales (la República, los Estados y los Municipios).

Constitucionalmente, y a título de ejemplo, podemos apreciar los dos puntos anteriores en el artículo 184.1 del Texto Fundamental, el cual contempla la creación (rango constitucional) y asignación de los entes territoriales (en este caso con competencia para transferir los servicios); expresado de la siguiente manera:

> "La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:
>
> 1.- La Transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento

de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.".

En tercer lugar y por último, el servicio público tiene por finalidad dar satisfacción a una necesidad de interés general.

Ahora bien, la finalidad exclusiva de dar satisfacción regular a necesidades públicas es un rasgo fundamental que distingue los servicios públicos, de las actividades estatales de gestión económica, las cuales constituyen para los Estados un objeto de explotación económica y son para el Estado, fuentes de ingreso, por ejemplo PDVSA. En realidad, no pueden ser considerados servicios públicos todas las actividades estatales, porque no todas ellas tienen por objeto dar satisfacción a necesidades de una colectividad. Así, son servicios públicos: la recaudación de rentas públicas, la vigilancia sobre el porte de armas, la elaboración del catastro de tierras baldías. Por otra parte, tampoco es necesario la presencia de usuarios individuales, esto es, de integrantes de la comunidad a quienes sean suministradas directa e inmediatamente las prestaciones, para que pueda ser reconocido en una actividad determinada por el Estado, el carácter de servicio público. La defensa, mejoramiento y administración de parques nacionales, la defensa y mejoramiento del ambiente; la construcción de obras requeridas para la salud y educación; la conservación del patrimonio histórico y cultural de la Nación, entre otras, son actividades que tienen por objeto dar satisfacción a necesidades públicas, por ende, son servicios públicos, aunque no se traduzcan en prestaciones directas e inmediatas a los individuos[3].

I. LA CAUSA DE EXISTENCIA DEL ESTADO

1. PODER PÚBLICO Y NECESIDADES SOCIALES

La comprobación por las sociedades de la existencia de ciertas necesidades cuya satisfacción excede del ámbito meramente individual para adquirir una dimensión colectiva es la principal razón que les impulsa a buscar respuestas mas allá de los particularismos que acometan dicha tarea desde una óptica comunitaria. La solución ofrecida por la realidad de nuestro tiempo es el Estado, entendido como organización jurídico-política a la que corresponde

3. LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. ct.

la responsabilidad de acometer la resolución de aquellos problemas que, por sus especiales características, no pueden ser afrontados si no es desde un planteamiento colectivo. En la actualidad, el instrumento del que se vale el Estado para llevar a cabo las misiones asignadas por la sociedad en la que se encuentra inmerso es la Administración pública, conjunto de estructuras organizativas y de medios personales y materiales a quien corresponde el servicio a los intereses generales. Por tanto, la satisfacción de las necesidades de cada comunidad concreta constituyen la razón de ser del Estado y de la Administración pública, exigencia que impregnará de forma decisiva, con una intensidad distinta en función de la técnica concreta que se utilice, el régimen jurídico aplicable a la actividad pública.

Dado el carácter instrumental de las organizaciones públicas respecto de las sociedades a las que sirven, la definición de cuáles deben ser los cometidos a los que han de dirigir aquéllas su actividad se convierte en una decisión variable en función de las concretas circunstancias temporales, culturales, sociales, económicas, espaciales, en las que se desenvuelve la vida de cada comunidad. Se trata, pues, de una decisión eminentemente histórica, particular y colmada de subjetivismo, ya que las demandas sociales responden, fundamentalmente, a una realidad muy concreta que, si bien puede coincidir en algunos aspectos con la propia de otras épocas o lugares, presenta siempre unos rasgos singulares que necesariamente afloran al determinar las funciones que debe asumir la iniciativa pública. Incluso, en la medida que las sociedades occidentales articulan la formulación de sus exigencias mediante técnicas representativas, esta tarea fundamental se ve condicionada intensamente por la sensibilidad que muestren los representantes de los ciudadanos a la hora de admisión de las reivindicaciones y aspiraciones de estos últimos.

Para la consecución de tales fines, los Poderes públicos disponen de una amplia gama de instrumentos cuya utilización podrán decidir en función de circunstancias muy variadas: la finalidad que con la intervención pública se pretenda, la valoración política de los intereses en juego, la mayor o menor eficacia y contundencia de cada opción, la sensibilidad social hacia el problema concreto y las posibles soluciones, siempre sin perder de vista las exigencias y limitaciones que en cada momento se deriven del ordenamiento jurídico en vigor. Podemos afirmar, por tanto, que la decisión acerca de cuáles son las necesidades a las que debe proteger el Estado así como las fórmulas concretas con las que afrontar dicha tarea se pueden enmarcar dentro de unos límites tan contingentes que no es posible determinar de forma apriorística ni las misiones concretas que deban corresponder al Estado ni cuáles de sus actividades han de adoptar la forma de servicio público. Parece oportuno, pues, negar la

existencia de los denominados *servicios públicos por naturaleza*. Del mismo modo, la elección de la técnica del servicio público no implica, ineludiblemente, que la necesidad que con ella se pretenda satisfacer se considere más o menos prioritaria sino, simplemente, que se estima más eficaz afrontarla a través de ese instrumento concreto en función de las circunstancias sociales, políticas y jurídicas de una época y un lugar dados.

2. La posición del Estado Social

Íntimamente relacionada con el número y tipo de funciones a realizar por el Poder público está la cuestión del modelo de Estado que se institucionalice. Superadas en nuestro entorno cultural las experiencias liberales y totalitarias, se ha impuesto la solución del *Estado Social* con el principal objetivo de conseguir que los trascendentales logros plasmados en los textos jurídicos alcancen una efectividad práctica tal que resulten verdaderamente operativos. Para ello, el Estado actual no duda en convertirse en el principal agente económico del país, protagonismo que conlleva un aumento, quizás desmesurado, del personal a su servicio y de las estructuras administrativas, así como una complejidad organizativa tal que dificulta hasta extremos intolerables en un Estado democrático de Derecho la tarea de delimitar quién es realmente el responsable de la prestación de una actividad concreta -el fenómeno de los Entes Instrumentales es una prueba irrefutable de cuanto se acaba de afirmar-. A medida que se van incrementando las necesidades sociales a satisfacer por el Poder público y se desbordan las capacidades de un modelo centralizado, tanto la lógica organizativa como las exigencias de eficacia en la actuación pública requieren fórmulas descentralizadoras que acerquen esta última a la realidad sobre la que debe desplegarse, realidad que, por sus elevadas dosis de complejidad y diversidad, postula la creación de organizaciones de carácter netamente especializado que constituyen una nueva fuente de crecimiento del sector público. Próximo a estos factores de corte organizativo, las exigencias democratizadoras de las modernas sociedades occidentales reclaman una actividad pública más cercana al ciudadano, de forma que éste pueda adquirir un papel más activo en la gestión de los intereses que, por su proximidad, le afectan con una mayor intensidad, si bien una respuesta apropiada a estas demandas conlleva un crecimiento relevante del número de las entidades públicas así como una mayor complicación de los procedimientos administrativos.

La opción constitucional por un Estado intervencionista nos impulsa a concluir que la dimensión prestacional de los Poderes públicos debe adquirir una importancia cuantitativa indudable, si bien parece oportuno clarificar cuál

debe ser su posición respecto de la iniciativa privada, es decir, en qué momento el Estado tiene la obligación de intervenir como consecuencia de su actual configuración. Por tanto, nos preguntamos si es preciso constatar que una determinada necesidad no es cubierta suficientemente por las propias fuerzas sociales para exigir que sea el Poder público quien corrija el desequilibrio creado. En segundo término, pareciera oportuno conceder a los responsables públicos la facultad de valorar, a la vista de las circunstancias de cada caso, si resulta más eficaz afrontar la prestación de la actividad a través de una técnica de intervención pública. Indiscutiblemente, en el supuesto de que la protección ofrecida por el sector privado no alcance un nivel razonable en función de las exigencias de la necesidad a satisfacer o, simplemente, sea inexistente, el Estado debe asumir un papel innegablemente activo en la superación de las insuficiencias y carencias sociales, siempre teniendo en cuenta qué modalidad de intervención pública resulta más eficaz para alcanzar la finalidad perseguida, cuál de ellas afecta en menor medida -limitándolos- los derechos y libertades de los miembros del cuerpo social, qué recursos económicos se encuentran disponibles y cuál es el costo que implicaría cada una de las opciones en relación con su eficacia, qué efectos beneficiosos adicionales podrían derivarse de la solución adoptada, qué condicionantes de naturaleza jurídica impiden o aconsejan una u otra opción.[4] La respuesta al segundo de los interrogantes, en cambio, debe ser necesariamente más

4. En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que puede exigirse al Estado. Con cierto automatismo, suele vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los cuales pueden tomar parte activa otros sujetos obligados: "(*omissis*)....el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público-por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no puedan pagar un abogado particular, o la organización del sistema educativo público-, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas públicas/privadas de cobertura...etcétera" ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editoral Trotta, Madrid, 2002, pp. 35 y 36.

matizada. La calificación de "social" confiere al Estado legitimidad para actuar directamente en los diversos sectores sin que, como premisa previa, deba acreditarse el fracaso de la iniciativa privada.[5]

Ahora bien, antes de adoptar esta determinación es preciso acudir a los criterios antes señalados y valorar si la iniciativa pública fuese capaz de ofrecer unos niveles de satisfacción más elevados que los proporcionados espontáneamente por la sociedad, para lo que sería preciso adoptar como parámetros de comparación alguno de los ya señalados.

Hay que afirmar, pues, con toda puntualidad, que sólo en la medida que los Poderes públicos cumplan convenientemente las misiones que les han sido encomendadas para unas coordenadas espacio-temporales concretas están justificando su existencia. Precisamente, por la trascendencia que para la vida social supone la satisfacción de las necesidades encomendadas al Estado éste dispone de una serie de mecanismos apropiados, dimensión instrumental que impide calificarlos de privilegios, para superar los obstáculos que, eventualmente, puedan oponerse a la primacía de los intereses generales en caso de un hipotético conflicto con otros de carácter particular. Esta dimensión servicial es la que realmente explica la razón de ser del Estado de nuestros días.

---

5. Como señala PÉREZ LUÑO, "En el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha calificado de 'procura existencial' (*Daseinvorsorge*). A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 193. Las medidas concretas de la procura existencial en sentido genérico, son variables y están en función de diversas circunstancias. No obstante, García Pelayo considera que incluye: el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización; la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no sólo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y a la subversión, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global: la degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales, etc.; y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital minimo; el acceso a un puesto de trabajo en el marco de una política de pleno empleo; la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleados, etc., y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención a la innovación y posesión de los conocimientos tecnológicos (requisito para la reproducción del sistema); y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y de los sistemas de previsión social. Citado por Beatriz GONZÁLEZ MORENO en *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los Derechos sociales*. Civitas, Madrid, 2002, pp. 46 y 47.

II. UTILIDAD DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

1. SU FUNCIÓN HISTÓRICA

Enmarcada en la turbulencia de finales del siglo XIX y principios del XX que pretendía lograr la estructuración de cada ciencia a partir de un pilar fundamental que explicara y diera sentido al resto de sus elementos y al conjunto, la noción del servicio público supone, doctrinalmente, un enfoque novedoso de la misión del Estado en la sociedad francesa de la época. El Poder público, en cuanto criterio fundamentador de la distinta contundencia de la actuación pública y la privada, ya no podía concebirse como un instrumento abstracto, desprovisto de una finalidad concreta que justificara sus procedimientos, siendo preciso ofrecer una nueva explicación de dimensión teleológica que sirviera para articular las peculiaridades del Derecho público a partir de otros parámetros. Así pues, la noción de servicio público desempeñó una función histórica decisiva en el análisis jurídico de las relaciones Estado-sociedad, ya que ofrecía las razones de la existencia de un Derecho administrativo, derogatorio del Derecho privado, que otorga ciertas prerrogativas y es más exigente en la imposición de ciertas obligaciones al Poder público[6]. En este contexto es donde deben enmarcarse las conocidas palabras de DUGUIT cuando afirma categóricamente:

> "El Estado moderno tiende a no ser más una soberanía nacional que manda, para llegar a ser una federación de servicios públicos que administran los detentadores de la fuerza más grande, teniendo no más el derecho de mandar, sino el deber de asegurar el funcionamiento ininterrumpido y productivo de estos servicios"[7].

A diferencia del caso de los países latinos, donde la legislación y la doctrina adoptaron un protagonismo relevante en la evolución del Derecho administrativo, la progresiva conformación del sistema administrativo en Francia es obra, fundamental, pero no únicamente, del Consejo de Estado, pieza de cobertura de la justicia administrativa cuyo papel creador ha sido indiscutible. La inicial exclusión del ámbito de la jurisdicción ordinaria de la función de controlar los actos de la Administración pública por el temor a que las concepciones tradicionalistas de sus miembros obstaculizaran la acción administrativa, "*juzgar a la Administración sigue siendo administrar*" se afirma, en una peculiar interpretación del principio de la división de Poderes, planteó el fundamental problema práctico de delimitar los ámbitos competenciales propios de ambas jurisdicciones.

---

6. LACHAUME, J.F.*Grands Services Publics*. Masson, Paris, 1989. pp. 18.
7. DUGUIT, L. *Traté de Droit constitutionnel*, Vol. 1. Tercera edición. París, 1927. pp. 589.

Durante un cierto período, la noción de servicio público sirvió de referencia básica cuya presencia determinaba la reserva de los asuntos a la justicia administrativa, pues como afirmaba el Tribunal de Conflictos en su célebre *arrêt Blanco* de 1873 "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a particulares por el hecho de personas que él emplea en el servicio público, no puede ser regida por los principios que son establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular", circunstancia que justifica la intervención de la jurisdicción administrativa. La inicial ecuación persona pública-régimen exorbitante-servicio público ha sufrido diversas *quiebras* como consecuencia, principalmente, de la diversificación de la actividad administrativa hacia ámbitos donde no siempre resulta eficaz la aplicación del Derecho administrativo y de la gestión por personas privadas de actividades consideradas de interés público, con lo que la utilidad de la noción de servicio público ha sido puesta en entredicho por un cierto sector doctrinal debido a la complejidad aportada por estos nuevos elementos.

La función práctica tan destacada de la noción de servicio público en Francia como criterio delimitador de la competencia judicial se ve mitigada en ordenamientos como el español e igualmente como el nuestro ya que, como recuerda GARRIDO FALLA[8], el sistema de justicia administrativa acoge como criterio competencial básico el del acto administrativo, y al respecto, el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española señala que: "conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los *actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo* y con las disposiciones de categoría inferior a la ley", si bien recupera su protagonismo en materias tan trascendentales como la contratación de las Administraciones Públicas -Artículo 3.a) de la Ley Jurisdiccional- y la responsabilidad patrimonial -Artículo 3.b) de la misma norma en relación con el 140 de la Constitución-.

Del mismo modo, la doctrina administrativa española, en general más preocupada por la dimensión garantista de este sector del ordenamiento frente a los abusos de la acción administrativa que por la búsqueda de explicaciones materiales de las peculiaridades del Derecho administrativo, no ha prestado a la noción de servicio público la importancia que le han concedido los teóricos franceses. En este sentido, el profesor MARTÍNEZ MARIN constata que "en la doctrina española no se encuentra -al menos nosotros lo desconocemos- un administrativista que haya fundamentado, como la Escuela de Burdeos lo hizo, el Derecho público o administrativo exclusivamente en el servicio

8. GARRIDO FALLA, F. *El concepto de servicio público en el Derecho español.* Revista de Administración pública Nº 135, 1994. pp. 10 y 11.

público"[9]. Esta doble comparación -práctica y teórica- de ambos sistemas jurídicos nos impele a concluir con el precitado autor que "el auge y la crisis de esta noción deben ser relativizados y matizados en el Derecho español, a diferencia del francés"[10].

2. La necesidad de un concepto jurídico

La función histórica justificadora del peculiar régimen jurídico al que se somete la actividad de la Administración pública, así como la utilización impropia de la expresión servicio público en los más diversos campos extrajurídicos, son algunas de las razones que nos ayudan a explicar la desmesurada extensión de su ámbito de aplicación, junto con la tendencia de las actividades privadas semejantes a ser consideradas o a erigirse en servicios públicos cuando llevan a cabo una tarea de interés general o cuando realizan una prestación con objeto similar[11]. Resulta precisa, por tanto, una labor de clarificación que permita delimitar con precisión la noción incierta y oscura de servicio público para, de este modo, concederle una efectiva operatividad práctica, ya que en caso contrario su utilidad se vería reducida a la de una simple *etiqueta* sin correspondencia con una realidad objetivable. En caso contrario dejaría de presentar interés alguno desde un punto de vista jurídico ya que toda noción debe entrañar, al menos, un cierto número de consecuencias generales en el plano del régimen aplicable para encontrar justificación autónoma.

La labor que se acaba de describir tiene como objetivo final la búsqueda de una noción estrictamente jurídica, meta que resultaría inalcanzable de no separar con nitidez la dimensión jurídica de las orientaciones políticas, filosóficas, económicas, sociológicas, esfuerzo que no implica, sin más, ofrecer un concepto que, aislado de estas últimas, no tenga en cuenta el carácter proteico de la realidad en la que se encuentra inmerso. Resulta especialmente ilustrativa a este respecto la postura de Mescheriakoff, quien en un intento de evitar que la noción jurídica se convierta en algo simbólico propone diferenciar entre servicio público como filosofía del Estado y como técnica de intervención pública[12].

---

9. Martínez Marin, A. *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Tecnos. Madrid, 1990. pp. 36 y 37.

10. Martínez Marin, A. Ob. Cit., pp. 37.

11. Esta valoración, desde un punto de vista restrictivo que comporta tanto de las autoridades privadas como de los derechos fundamentales y libertades públicas se puede observar en: Devolve, P. *Service public de Droit administratif* N° 1, 1985. pp. 7 y ss.

12. Mescheriakoff, A. S. Droit des services publics, PUF. Paris, 1991. pp. 68.

La extensión de la actividad del Estado a los ámbitos más diversos, la multiplicación de las técnicas de intervención utilizadas en dicha tarea, así como la creciente complejidad de unos y otras, determinan que los mecanismos de garantía tradicionales hayan devenido insuficientes e inadecuados, en muchos casos, para lograr la eficacia de la actuación administrativa. Es necesario reclamar, junto a la dimensión puramente técnica del concepto, la enorme importancia de la *cultura* del servicio público como referente perenne que informe la actuación de los *servidores* públicos pues, en última instancia, constituye la forma más efectiva -y también la más sutil- de fomentar su responsabilidad sirviendo de referente inmediato, si quiera inconsciente, a la hora de adoptar decisiones.

Conforme se acaba de poner de manifiesto, el carácter polisémico de la expresión *servicio público* encuentra una de sus más elementales explicaciones, junto a la función que históricamente ha cumplido, en el hecho de su utilización indiscriminada en los más diversos ámbitos extrajurídicos, sin que exista una correlativa preocupación por delimitar con precisión su significado exacto en cada uno de ellos. En 1962 GARRIDO FALLA se refería a la tradicional indeterminación del concepto de servicio público[13], característica que no ha hecho sino acrecentarse como consecuencia de la progresiva asunción por el Estado de nuevas misiones -la constitucionalización del Estado Social supone un cambio de enorme trascendencia no sólo cuantitativa sino, sobre todo, cualitativa- que han ampliado brillantemente los campos en los que debe intervenir.

Ahora bien, la noción es igualmente inconveniente si se analiza desde un prisma estrictamente jurídico: no se trata de meras disquisiciones teóricas realizadas a modo de ejercicio mental por parte de la doctrina, ya que incluso el legislador, el Gobierno o el mismísimo Tribunal Constitucional español[14] -algunos

13. GARRIDO FALLA, F. *Las transformaciones del régimen administrativo*. Segunda edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962. pp. 144.

14. El Tribunal Constitucional reconoce que: «la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica "con detractores y valedores», sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. Un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable, para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución" (STC 127 / 1994, de 5 de mayo). El Alto Tribunal en esta oportunidad se limitó a no considerar «sin motivo que lo justificara•que precisar la noción de servicio público escapa de sus funciones propias, lo que no le impide utilizar la expresión en sentidos radicalmente distintos bien para referirse a una actividad reservada al sector público, a determinadas actividades de prestación sin monopolio público (STC 234 / 1991; STC 178 / 1989).

de los destinatarios preferentes del mandato de seguridad jurídica contenido en el Artículo 9.3 de la Constitución española, por cuanto a través de sus productos normativos o de sus resoluciones se constituyen y modifican una pluralidad indeterminada de situaciones jurídicas- acuden al término servicio público para referirse a realidades objetivas dispares entre las que no existe identidad en sus rasgos jurídicos característicos, aumentándose la confusión como consecuencia de la utilización indiscriminada de la expresión tanto en singular como en plural. Gaspar ARIÑO ha sistematizado este uso tan dispar señalando que existen, fundamentalmente, cuatro enfoques en función del sector del Ordenamiento en el que nos encontremos. Así, la legislación financiera ofrece un concepto orgánico al referirse a cualquier actividad estatal que implique gastos públicos; la legislación general civil, penal, mercantil y procesal atienden al criterio sustantivo o material; la legislación administrativa general da una significación ambivalente, pues en unas ocasiones opta por la concepción orgánica, en otras por la material, e incluso, en algunos casos se refiere "a cualquier actividad administrativa que suponga el ejercicio de competencias específicas para la consecución de los fines peculiares que la Administración tiene hoy confiados"; asimismo, en la legislación sectorial se hace referencia a sectores concretos de actividad[15].

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO VENEZOLANO

En Venezuela, los servicios públicos prestados con carácter de exclusividad por el Estado o por medio de un concesionario, sólo pueden ser creados por leyes nacionales. Sin embargo, la obligación del Estado a prestar determinados servicios públicos derivan de la propia Constitución, cuyas disposiciones consagran en varios casos deberes del Estado. Así, por ejemplo, los servicios públicos de la salud y asistencia social aparecen consagrados en el artículo 86, el cual expresa:

> "Toda persona tiene derecho a la seguridad social como *servicio público* de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad

15. En este caso, la exposición exhaustiva ilustrada con numerosos ejemplos normativos, se encuentra en "el servicio público como alternativa". Revista Española de Derecho administrativo Nº 23, 1979. pp. 444-446.

social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección..." (Énfasis añadido).

Ocurre asimismo, con los servicios públicos relativos con la educación (Artículo 102) o la radio, televisión, redes de bibliotecas o servicios telemáticos (Artículo 108).

La competencia del Poder municipal en cuanto a servicios públicos ha sido reconocida por nuestra Constitución para organizar los servicios de acueductos, alumbrado, mataderos, transporte urbano, abastos, cementerios, ornato municipal, arquitectura civil, entre otros. El artículo 178 del Texto Fundamental autoriza a los concejos municipales para erigir en servicios públicos actividades que sean propias de la vida local conforme a lo expresado. La misma disposición señala que la ley podrá atribuir a los municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios.

Como vemos, únicamente a la Asamblea Nacional, en ejercicio de su potestad legislativa, tiene competencia para la creación de servicios públicos, a excepción de los propios creados por la Constitución: el correo, el telégrafo, los teléfonos, los ferrocarriles, la navegación aérea, la acuñación de monedas, entre otros, son servicios públicos nacionales, explotados bien por el Estado en forma directa bien a por medio de concesionarios, en virtud de las disposiciones legislativas dictadas por la Asamblea Nacional.

En otro orden de ideas, los consejos legislativos de los Estados pueden crear bajo el sistema de libre concurrencia servicios públicos en todo lo que no corresponde de modo exclusivo a la competencia del Poder nacional o municipal. Para ello no requiere facultad explícita conferida por leyes nacionales.

IV. ACTIVIDADES CONSIDERADAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS

En algunas oportunidades, y como se desprende de la complejidad conceptual que hemos venido tratando, constituye un verdadero problema distinguir con exactitud si una actividad constituye o no un servicio público.

El concepto acerca de las actividades que tiene la calidad de servicios públicos no es inmutable, por el contrario, varía de un pueblo a otro, de una época a otra. Si nos ubicamos en la colonia, tanto el agua como los caminos y

el abastecimiento constituían servicios públicos. En este siglo se incorporan la electricidad, el teléfono, el correo, el telex, el telefax, la internet, entre otros. Con el desarrollo de la civilización aumenta el número de los servicios públicos.

El Estado aprecia libremente si la satisfacción de cierta necesidad de interés social debe dar lugar a la creación de un servicio público. Corresponde, pues, al Poder público, decidir si una actividad debe ser erigida en servicio público.

Algunas veces, por ejemplo, la ley señala con toda claridad que una actividad constituye un servicio público. La Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico es muy precisa al disponer que: "Los servicios postal y telegráfico son de carácter público.". Asimismo, la Constitución de la República erige como servicios públicos, entre otras actividades, la educación, la sanidad y la seguridad social.

Según la Ley Orgánica de Régimen Municipal, son servicios públicos municipales, entre otros, los siguientes: acueductos, cloacas, drenaje; distribución y venta de electricidad y gas; transporte colectivo de pasajeros; mercados y mataderos locales; espectáculos públicos y publicidad comercial; aseo urbano y domiciliario; servicio de prevención y lucha contra incendio en las poblaciones; cementerios y servicios funerarios. En otras ocasiones la ley no es suficientemente clara, y es necesario escudriñar la intención del legislador. Para este caso, se deduce cuando del texto legal se desprende que la actividad regulada no puede ser desarrollada por los particulares sino en virtud de una concesión; el otorgamiento a dicha actividad de prerrogativas de Derecho público, en especial, la facultad de expropiar y la de establecer construcciones. Así, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, que merece un especial comentario.

La derogada Ley de Telecomunicaciones[16] ordenaba que, salvo disposición especial, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales inventados o por inventarse, correspondía exclusivamente al Estado; y agregaba la facultad

16. Artículo 1° Ley de Telecomunicaciones derogada: "Salvo lo dispuesto en esta Ley o en Leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado (...)".

del Ejecutivo Nacional en determinados casos para otorgar a particulares permisos y concesiones para establecimientos de tales sistemas; y finalmente, disponía que en las concesiones relacionadas con el establecimiento de líneas telefónicas para el servicio público, se fijarían siguiendo el máximo y el mínimo de las tarifas para la instalación y uso de los aparatos. De este contenido se desprendía que la dicha Ley le otorgaba carácter de servicio público a todos los sistemas de telecomunicaciones.

Ahora bien, considerando la trascendencia de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones[17] por su contenido e impacto socioeconómico, debemos seguir analizando este campo.

La vigente Ley mantiene el carácter de servicio público, el cual se desprende de varios dispositivos del mismo texto legal.

El artículo 1° cubre lo que podríamos denominar el interés general al pretender asegurar el derecho humano a la comunicación, necesidad de toda la población; regulando ampliamente el marco legal de las telecomunicaciones y de las actividades económicas de telecomunicaciones que se requieren para lograr su cometido. Seguidamente, el artículo 2° consagra los objetivos generales de la Ley, destacándose principalmente la defensa de los derechos de los usuarios[18] para asegurar su acceso a los servicios de telecomunicaciones y todos los derechos constitucionales relacionados; promover y coadyuvar el establecimiento de medios de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicios público sin fines de lucro, así como el desarrollo y utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías cuando estén disponibles. El impulsar la integración eficiente de servicios de telecomunicaciones.

En igual sentido la Ley confiere al Poder público nacional la competencia respecto al régimen integral de las Telecomunicaciones y del espectro radiológico[19], señalando que las autoridades nacionales, estatales y municipales

---

17. Gaceta Oficial número N° 63.970 del 12 de junio de 2000.

18. Concordancia con el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente, que reza así: "En su condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, toda persona tiene derecho a: Acceder en condiciones de igualdad a todos los servicios de telecomunicaciones y a recibir un servicio eficiente, de calidad e ininterrumpido, salvo las limitaciones derivadas de la capacidad de dichos servicios".

19. Espectro viene del latín *spectrum* que significa imagen y tiene diversas versiones conceptuales, siendo la más ajustada a nuestro propósito la siguiente: serie de frecuencias, resultado de la dispersión de una radiación, un sonido y, en general, de un fenómeno ondulatorio. Ahora bien, sin tratar de especular sobre este concepto, el espectro radiológico, electromagnético o radioeléctrico se puede entender como el conjunto de frecuencias

prestarán a los funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la ayuda necesaria para el buen tratamiento de sus funciones.

Fundamental es también lo expresado en el artículo 5°, que se refiere al interés general de las telecomunicaciones, y el cual dispone lo siguiente:

> "El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones *se consideran actividades de interés general,* para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos, y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
>
> En *su condición de actividad de interés general* y de conformidad con lo que prevean los reglamentos correspondientes, los servicios de telecomunicaciones podrán someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uniforme, así como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público. Asimismo, por *su condición de actividad de interés general* el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones podrán someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la Constitución y la ley". (Énfasis añadido).

El artículo 16 *eiusdem* trata lo concerniente a la prestación de los servicios y del establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, y en tal sentido ordena el desarrollo de tal actividad mediante una habilitación administrativa, que será el título otorgado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones -Instituto Autónomo adscrito al Ministerio de Infraestructura-, órgano a cargo no sólo de la tutela administrativa, sino de la política, planes y normas generales que deberán aplicarse en el sector de las Telecomunicaciones en el Estado-. Esta Comisión será el órgano competente para regular los requisitos y condiciones para optar al título, que contendrá los atributos (actividades y servicios concretos) que utilizarán los operadores de servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, se declara como bien de dominio público el espectro radiológico, cuyo uso y explotación deberá practicarse según la debida

---

disponibles para telecomunicaciones que el órgano administrativo competente debe administrar, indicándole a los operadores o empresas de telecomunicaciones la cantidad o número de frecuencia que le corresponde.

concesión; y los servicios para la seguridad y defensa nacional quedan reservados al Estado.

Igualmente, cabe citar el artículo 49 *eiusdem*, que señala:

> "El Estado garantizará la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.
>
> El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población".

Luego de la observancia de estos preceptos legales, sólo nos queda agregar que el nuevo régimen de las telecomunicaciones, viene a garantizar el cumplimiento de los mandamientos constitucionales referentes al derecho de comunicación y acceso a la información. Por tanto, es un compromiso del Estado desarrollar eficientemente los servicios públicos de las telecomunicaciones.

Por último, respecto a la designación orgánica de la Ley, en sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 12 de junio de 2000, declaró la constitucionalidad de tal carácter, por los siguientes motivos:

> "1. Se trata de una Ley dictada en ejercicio de la competencia prescrita por el artículo 187, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 156, numeral 28 *eiusdem*;
>
> 2. Se trata de una Ley que prescribe la organización o estructuración de órganos del Poder Público Nacional, destinada a establecer el régimen del servicio de telecomunicaciones y la administración del espectro electromagnético;
>
> 3. Se trata de una Ley que desarrolla parcialmente derechos constitucionales a la comunicación y de acceso a la información, lo cual la hace válida en este respecto, aunque su carácter orgánico no dependa exclusivamente de las garantías que ofrece para tales derechos;
>
> 4. Se trata de una Ley que satisface las exigencias técno-formales de la prescripción general sobre la materia que regula, mediante principios

normativos válidos para las otras leyes que se sancionen conforme al artículo 156, numeral 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide."[20].

Sumado a todo ésto, y con base a la Ley de Telecomunicaciones vigente para ese momento, el Poder Ejecutivo declaró mediante Decreto nº 825 de 10 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial nº 36.955 de 22 de mayo de 2000, que el acceso y uso de la red que conocemos como Internet es una "*...política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político...*" del país.

No obstante tal declaración, debemos estudiar con mayor cuidado este Decreto para relacionarlo con los fines del Estado y verificar si efectivamente puede tratarse de un servicio público, o podría calificarse más bien de un servicio de interés público, y lo relativo al carácter esencial de tal servicio.

De la lectura del artículo 3º del Decreto nº 825[21] se desprenden diversos servicios públicos que pueden realizarse a través de Internet, y a su vez, ordena su ejercicio de manera preferente, lo cual no obsta -así como la mención de "política prioritaria"- para la aplicación de otros medios según el caso concreto; por ello, creemos más bien en identificar la aplicación de Internet con la idoneidad y no como imposición.

Empero, aunque sustancialmente pareciera la declaratoria de un servicio público por medio del cual, a su vez, versan sobre otros servicios públicos, recordemos que la declaratoria de un determinado servicio como público dependerá de la Constitución y la ley, mas no mediante Decreto del Ejecutivo.

V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los principios rectores de los servicios públicos son: 1. la obligatoriedad, 2. la mutabilidad, 3. la continuidad y 4. la igualdad.

---

20. Consultada en original. Exp. Nº 00-1799. Sentencia 537 del 12-6-00. Ponente José M. Delgado Ocando.

21. "Los organismos públicos deberán utilizar preferentemente Internet para el intercambio de información con los particulares, prestando servicios comunitarios a través de Internet, tales como bolsas de trabajo, buzón de denuncias, trámites comunitarios con los centros de salud, educación, información y otros, así como cualquier otro servicio que ofrezca facilidades y soluciones a las necesidades de la población. La utilización de Internet también deberá suscribirse a los fines del funcionamiento operativo de los organismos públicos tanto interna como externamente."

1. La obligatoriedad. Declarada una actividad en servicio público, gestionarlos y prestarlos constituyen un deber de las autoridades administrativas, quienes estarán a cargo de hacerlos funcionar, sino por la acción inmediata de los órganos del Estado, bajo el control de los mismos. Empero, la Administración no puede quedar liberada de tal obligación por la simple situación fáctica que refleje la dinámica del servicio, más bien la existencia de un servicio público que funcione normal o correctamente es la verdadera aceptación del Estado servidor.

2. La mutabilidad. Dado que el interés general es variable, el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las exigencias cambiantes del interés general, por tanto, las autoridades conservan la potestad de introducir modificaciones en las reglas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio.

3. La continuidad. Todo servicio público, en virtud de la importancia que tiene para la colectividad el funcionamiento del mismo, no puede ser interrumpido, supuesto que, salvo casos legítimamente justificados, constituye un presupuesto de responsabilidad administrativa por falta de servicio. Esta advertencia encuentra respaldo en los artículos 140 y 141 de la Constitución de 1999[22].

---

22. Es muy importante este señalamiento, por cuanto con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Constitución, el ejercicio de este derecho para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la Administración no se encontraba respaldado de manera expresa como se encuentra actualmente, lo cual facilita la base legal que anteriormente, si bien no era complicado al utilizar como base legal el artículo 206 de la Constitución de 1961 más otros dispositivos de ese Texto Fundamental, ahora resulta más cómodo gracias a tal reconocimiento. Actualmente, el artículo 259 de la Constitución de 1999 sustituye al artículo 206 de la Constitución de 1961, que señala igualmente: "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."; en concordancia con el artículo 266.5 *eiusdem*, referido a la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone: "Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: *(omissis)* Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

Por otra parte, estos artículos debe sumarse con el artículo 140 de la Constitución vigente que consagra la responsabilidad administrativa, que advierte: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública". Tal precepto encuentra respaldo también en el artículo 141, que dispone: "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*,

El público debe contar, en todo momento y con absoluta certeza, con los servicios públicos. No en vano, nuestro Código Penal castiga la huelga de funcionarios o abandono debido de las funciones ejercidas en número de tres o más y previo acuerdo;[23] y la Constitución dispone que en los servicios públicos el derecho de huelga se ejercerá únicamente en los casos que la ley determine, *sin que hasta hoy se haya dictado ninguna ley sobre el particular.*

4. La igualdad. Ante el servicio público todos los individuos son iguales. Esta regla es una aplicación derivada del principio de la igualdad social y jurídica que las constituciones modernas consagran, y que entre nosotros se presenta en el preámbulo de la Constitución, así como en los artículos 21 y 26 *eiusdem* al establecer el derecho de igualdad ante la ley, así como el acceso a la Justicia e imparcialidad que debe garantizar el Estado, respectivamente, toda vez que, los servicios emanan de instrumentos normativos y en caso de incumplimiento de la obligación acudir a la instancia administrativa y jurisdiccional sin ninguna restricción que viola la igualdad manifestada en la Carta Magna.

Por tanto, la regla de la igualdad ante el servicio implica que los funcionarios y empleados públicos tienen la obligación de prestar los servicios que le están atribuidos, a pedido de cualquier particular interesado, en las condiciones legales y reglamentarias.

Esta característica en cuanto a sus efectos, conlleva a la vía jurisdiccional utilizando la misma noción de responsabilidad extracontractual de la Administración pública, puesto que los servicios públicos están dirigidos a la colectividad, incluyendo el propio Estado, para continuar sus funciones; y el régimen exclusivo que abraza a estos servicios impone que todas las personas tengan acceso (sean indemnizadas por el sacrificio que significa encontrarse en una situación que siendo legítima pueda afectar su esfera patrimonial) sin discriminación, o justificadamente mediante un acto válido, por cuanto pueden existir situaciones diversas en las cuales determinados sujetos se encuentren,

---

con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (el resaltado es nuestro). No obstante la trascendencia dentro del ámbito recursivo, y sin ánimo de atacar la presentación de tales principios, creemos que la redacción se vuelve un poco tautológica, por ejemplo, menciona ley y derecho, y nos preguntamos: son diferentes estos conceptos?, así como eficacia y eficiencia, o más bien son sinónimo de celeridad?.

23. Artículo 209 del Código Penal: "*Los funcionarios públicos que,* en número de tres o más y previo acuerdo, *abandonaren indebidamente sus funciones,* serán castigados con multa de doscientos a mil bolívares y con suspensión del empleo por tiempo de uno a dos años. Con la misma pena serán castigado todo funcionario público que abandone sus funciones para impedir el despacho de algún asunto *o para ocasionar cualquier perjuicio al servicio público.*" (Énfasis añadido).

y como apunta SAYAGUÉS LASO, la igualdad no impide el establecimiento de diferentes categorías de usuarios, manteniendo en igualdad de condiciones a todos los que se encuentren dentro de una misma situación[24].

Por otra parte, RODRÍGUEZ R.[25], además de estos principios añade el principio de neutralidad, según el cual los servicios públicos deben dedicarse únicamente a satisfacer necesidades de interés general. Este postulado rechaza toda idea de sacrificio del servicio público para colmar necesidades particulares, y de allí la especial importancia, tanto en sede administrativa como en la jurisdiccional, cuando se trate de vicios de desviación de Poder y abuso de derecho.

En definitiva, considerando todos los aspectos anteriormente expuestos, concluimos que el campo principista debe ser más desarrollado en la legislación, doctrina y jurisprudencia por considerarse el núcleo fundamental en los contradictorios relacionados con el tema; y en consecuencia, proveer mecanismos jurídicos que protejan los servicios públicos y a los usuarios o beneficiarios, para mejorar la calidad de vida y respetar la defensa de sus derechos, será producto del entendimiento de tales principios.

VI. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROBLEMA

1. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

La aparición de la Constitución venezolana de 15 de diciembre de 1999 ha irrumpido con un cambio radical de los esquemas jurídicos vigentes hasta el régimen constitucional derogado. Ciertamente, los órganos legislativos, como consecuencia de la elección directa de sus miembros por el cuerpo social y de la técnica de representación política que preside las relaciones entre ambos, están investidos de la capacidad de interpretar las necesidades sociales básicas y adoptar las decisiones normativas oportunas para asumir su satisfacción. Incluso, ha sido tradicional conceder una fuerza superior a las leyes en la medida que se consideraban fruto de la voluntad de la propia comunidad a la que sus mandatos iban dirigidos, de forma que este elemental mecanismo de *autorregulación* justificaba el acatamiento voluntario de su contenido por sus destinatarios. La progresiva afirmación del valor normativo de las previsiones

24. SAYAGUÉS LASO. Ob. Cit. pp. 71.

25. RODRÍGUEZ R. Libardo. *Derecho administrativo*. General y colombiano. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 1990. pp. 395.

constitucionales ha supuesto una importante alteración de la superioridad legislativa en el conjunto de las fuentes normativas del ordenamiento, pues implica que la labor del legislador se encuentra condicionada, de forma efectiva, por las opciones que, al más alto nivel, expresan las aspiraciones básicas de un pueblo. Esta posición de supremacía de la Constitución, que opera respecto de todos los Poderes públicos[26], nos ofrece un mecanismo de gran utilidad a la hora de concretar jurídicamente la noción de servicio público, pues posibilita el control de las declaraciones legales a partir de los parámetros constitucionales; asimismo, el deber de respeto a la Constitución por parte de los jueces y tribunales implica que su sometimiento a la ley al ejercer su función[27] -consecuencia natural del principio de separación de Poderes- deba entenderse en tanto que sea posible una interpretación de esta última acorde con aquélla. En consecuencia, resulta preciso abordar el estudio de los diversos pasajes de nuestra Norma Fundamental de los que pudieran derivarse consecuencias relevantes para concretar qué debe entenderse, en nuestro actual ordenamiento jurídico, por servicio público, tarea que nos permitirá diferenciarlo con precisión del resto de las técnicas de intervención económica constitucionalmente reconocidas a favor del Poder público.

La configuración del Estado venezolano como Social[28] entraña consecuencias trascendentales a la hora de definir la posición de los Poderes públicos con relación a la satisfacción de las necesidades sociales. La adopción de un papel protagonista por el Estado en la tarea de alcanzar un más alto grado de desarrollo individual y social, aún derivando de la anterior calificación genérica, es una exigencia concreta del mandato contenido en el artículo 2 de la Norma Suprema, en cuya virtud el Estado son titulares de la obligación *positiva* de realizar todas aquellas actuaciones tendentes a lograr "la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social". Tanto la libertad como la igualdad -valores superiores de nuestro ordenamiento- constituyen el soporte básico a partir del que es posible lograr

26. Artículo 7: "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.".

27. Artículo 334: "Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.".

28. Artículo 2: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.".

que las valiosas prescripciones contenidas en las normas dejen de ser meras declaraciones formales desprovistas de toda operatividad práctica; de no ser así se convertirían en auténticos privilegios de unos grupos sociales concretos ya que "no hay libertad sino en igualdad, y los derechos fundamentales son tales si en términos reales son derechos de todos", por lo que "la interpretación de los derechos que la Constitución proclama habrá de ajustarse a esta idea de aspiración a la igualdad"[29].

A pesar de las implicaciones intervencionistas que conlleva la cláusula Estado Social, el papel del Estado en el cumplimiento de sus deberes ha de enmarcarse necesariamente en el sistema económico trazado por el artículo 112 de la Constitución al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El Tribunal Constitucional español ha reiterado que a los valores proclamados en la Norma Fundamental no se les puede conceder un carácter absoluto, debiendo determinarse su alcance a través de una interpretación sistemática que ponga en relación las diversas partes del conjunto. De la expresión literal del precepto transcrito no parece posible extraer prohibición alguna para que los Poderes públicos concurran libremente en el mercado con la iniciativa privada mediante la creación de empresas de ellos dependientes, siempre que su intervención no suponga una alteración de las reglas que lo rigen, por lo que debe producirse en igualdad de condiciones con los particulares, salvo que exista algún fundamento constitucional que justifique peculiaridades en el trato. Es más, el citado artículo 112 constitucional establece que: "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 regularizar la economía el desarrollo integral del país.". No obstante, el artículo 302[30] de la Constitución, consciente de las características tan particulares de la intervención pública en el mundo económico, reconoce expresamente la iniciativa pública en la actividad económica en industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, declaración cuya amplitud debe entenderse en los anteriores términos. No

29. CHINCHILLA MARIN, C. *La radio-televisión como servicio público esencial*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988. pp. 76.

30. Artículo 302 constitucional: "El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnología, generar empleo y crecimiento económico y crear riqueza y bienestar para el pueblo."

obstante, es preciso recordar que, a pesar de la exigencia de igualdad impuesta por el respeto al principio de la libre competencia, a través de la iniciativa empresarial, el Estado debe perseguir objetivos distintos al mero ánimo de lucro que normalmente mueve a los particulares al ejercerla ya que no puede encuadrarse dentro de los fines que la Constitución asigna al Estado la simple búsqueda del beneficio económico, lo que tampoco significa que deban aceptarse, sin mayor justificación, situaciones deficitarias.

La Constitución impone deberes al Estado señalando el fin al que éste debe dirigir su actuación si bien, en la medida que la misma cumple un papel de garantía del pluralismo -valor superior de nuestro ordenamiento según su artículo 2-, no impone la forma concreta con que debe afrontarse su cumplimiento[31] para permitir cierta flexibilidad en la elección de la medida que resulte más apropiada para dar satisfacción al mandato constitucional en función de circunstancias ideológicas, sociales, económicas imperantes en cada momento histórico.

2. La reserva de servicios esenciales al Poder público

La iniciativa pública en la actividad económica a la que nos acabamos de referir no puede identificarse con la transferencia del sector privado al público de actividades económicas, de manera que los condicionantes que al hilo de esta última figura contiene el citado artículo 302 no resultan aplicables a la primera. El supuesto de la reserva al sector público de "servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico" por la especial intensidad y contundencia que su utilización conlleva, está envuelto de una serie de garantías y requisitos que, en todo caso, deben interpretarse en relación con otras previsiones constitucionales.

La exigencia de una ley orgánica para efectuar la reserva, deviene no sólo por denominarlo así la Constitución sino además porque se trata de un supuesto que restrinja directamente el contenido de la libertad de empresa reconocida por el artículo 112 de la Constitución -precepto ubicado dentro del Titulo III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías-. Así tenemos que el artículo 203 de la Constitución al regular las leyes orgánicas expresa:

31. No obstante, existen algunos preceptos constitucionales que imponen directamente el mecanismo concreto que debe utilizar el Estado, sin que quepa margen de discrecionalidad tan amplia. Es el caso, por ejemplo, del artículo 86 que obliga al Estado a "asegurar la efectividad de este derecho «seguridad social•creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente, y participativo, de contribuciones directas o indirectas (...)".

"Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los Poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que se sirven de marco normativo a otras leyes...". (Énfasis añadido).

PEÑA SOLÍS al comentar esta norma deduce que la Constitución contiene una definición de ley orgánica que aparece articulada sobre la conjunción de un elemento material y otro formal. El dispositivo constitucional enumera taxativamente las materias que pueden ser reguladas mediante leyes orgánicas, por tanto, selecciona de entre todas las materias que entran en la esfera de competencia legislativa de la Asamblea Nacional, un conjunto de ellas, bien por remisión a la propia Constitución (denominación constitucional), bien por especificación de estas materias (organización de Poderes públicos, desarrollo de los derechos constitucionales), y las que sirven de marco normativo a otras leyes, y las reserva en forma exclusiva y excluyente a las leyes orgánicas "motivo por el cual a la vez las excluye del ámbito de todas las demás leyes (elemento material)". [32]

La utilización de la facultad de reserva requiere la previa existencia del supuesto de hecho habilitador descrito por el artículo de la Constitución: que se trate de "servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico", cuya verificación supone una mayor justificación de la medida. El principio de interdicción de la arbitrariedad del Estado inferido en el ámbito constitucional por el artículo 19, dado que se trata de adoptar una medida restrictiva de gran trascendencia, impone al legislador la obligación de justificar la esencialidad del servicio en cuestión[33], si bien de nuevo nos encontramos con el problema del carácter contingente de las necesidades que, de acuerdo con las múltiples condiciones que se den en el momento y lugar de que se trate, hayan de considerarse esenciales, valoración que debe estar sometida en última instancia al control que pudiera ejercer el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional a través de parámetros constitucionales. En este sentido, dada la contundencia de la medida y en aras a evitar un uso arbitrario de la misma, parece conveniente que la interpretación se realice desde el punto de vista de

---

32. PEÑA SOLÍS, José. *La nueva concepción de las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Nº 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000. pp. 81.

33. La *esencialidad* del servicio en el sentido de que su carencia pueda desarticular la vida cotidiana, no es una exigencia que poseea carácter absoluto, sino que tal calificación alude al criterio de necesidad general, propio de todos los sujetos del ordenamiento como una exigencia para el fluido desenvolvimiento de las actividades diarias de la colectividad. SANSÓ, Hildegard Rondón de. *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2001, pp. 218 y 219.

la necesidad que con la misma se pretenda satisfacer, aceptando como esenciales aquellos servicios tendentes a la consecución de algún bien constitucionalmente protegido, pues la Constitución es la norma fundamental donde se recogen las aspiraciones y los valores que una comunidad eleva al rango de prioritarios, básicos, fundamentales o esenciales. Una vez constatado este carácter del servicio, el legislador debe realizar una nueva valoración acerca de la idoneidad[34] de la técnica de la reserva para su prestación, operación que se enmarca dentro del ámbito de sus funciones propias y en la que deben tenerse en cuenta una pluralidad de factores de la más diversa índole (económicos, jurídicos, ideológicos, sociológicos).

Asociadamente a estos límites concretos extraídos de la literalidad del artículo 302 de la Constitución, es posible señalar otros de carácter general en los que debe enmarcarse cualquier actuación del Estado, condicionantes que se encuentran esparcidos a lo largo de todo el texto constitucional. GÓMEZ-FERRER MORANT[35] señala a este respecto las exigencias derivadas del interés general a la hora de valorar la razonabilidad de la medida; el respeto a la distribución horizontal y vertical de las competencias entre los diversos Poderes públicos; y las limitaciones que se pudieran derivar de los derechos y libertades constitucionales. Respecto de este último, un sector de la doctrina[36] ha llegado a afirmar tajantemente la naturaleza irreconciliable del servicio público - entendido como actividad reservada a la titularidad pública- y los derechos y libertades públicas. Si bien es cierto que la reserva de un servicio a favor de los Poderes públicos puede implicar una limitación de derechos y libertades de los ciudadanos, singularmente de la libertad de empresa, esta hipotética afectación

34. En sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 1993, caso Nº 36 / 1992 / 381 / 455-459 Infomationsverein Lentia and Others v. Austria, ha reconocido expresamente que el monopolio es una técnica de intervención desproporcionada si no existen razones suficientes para elegirla, no necesaria en una sociedad democrática *"(...) the experience of several European States, of a comparable size to Austria, in wich the coexistence of private and public stations, according to rules wich vary from country to country and accompanied by measures preventing the development of private monopolies, shows the fears expressed to be groundless. In short, like the Commission,* **the Court considers that the interferences in issue were disproportionate to the claim pursued and were accordingly, not necessary in a democratic society ...** " (Destacado nuestro).

35. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales.* En: Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Vol. 5. Civitas. Madrid, 1991. pp. 3.831 y ss.

36. Especialmente ARIÑO ORTÍZ. *Servicio público y libertades públicas.* En: Actualidades y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla. Vol. 2. Editorial Complutense. Madrid, 1992.

no puede ser analizada aisladamente, pues debe ofrecerse una interpretación que tenga en cuenta la totalidad de los valores que han accedido al rango constitucional, de forma que se logre presentar a la Constitución -siendo conscientes de las fisuras que puedan existir por la naturaleza política de los acuerdos que dieron lugar a su aprobación y redacción definitivas- como una máquina perfectamente engrasada donde cada pieza necesite estar articulada con el resto para cumplir su función propia. Cualquier decisión legislativa que incida sobre algún valor constitucionalmente protegido, además de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Título III según exige el artículo 19, debe encontrar su fundamento en la prosecución de otro bien amparado por la Norma Fundamental cuya superioridad sobre el limitado permita resolver el aparente conflicto a favor de la medida adoptada. En este sentido, conviene traer la sentencia del Tribunal Constitucional español 206/1990, partiendo de la identificación entre servicio público y servicio reservado a la titularidad pública -esta es la configuración de la televisión en la Ley 4/1980-, afirma expresamente que:

> "La calificación de servicio público, es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar."[37].

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en su sentencia 127/1994 reconoce que:

> "La calificación de la televisión como servicio público no configura una insoslayable amenaza para los derechos del artículo 20.1 de la Constitución -como se denuncia en alguna de las demandas-, hasta el punto de cercenar su ejercicio o de impedir la incorporación de las transformaciones técnicas operadas en la materia de la radiodifusión, es decir, de frenar la evolución social y tecnológica sobre la que esos derechos fundamentales se proyectan"... "no obstante, la asunción por

37. STC 206 / 1990, de 17 de diciembre, mediante la cual resuelve varios recursos de amparo contra diversas resoluciones del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno, que denegaron la atribución de frecuencias y ponencia de televisión y radio y contra las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo español, que las confirmaron.

los Poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los Poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del artículo 20 C.E.". Como conclusión del razonamiento jurídico que se acaba de exponer el Tribunal declara que "la calificación de la televisión como un servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa convirtiéndose en una de entre las varias opciones constitucionalmente lícitas."[38].

La licitud de la reserva a favor de la titularidad pública de un determinado servicio de interés público, en los términos que se acaban de exponer, no exime al Estado de la responsabilidad en que puedan incurrir como consecuencia del efecto expropiatorio que tal medida implique sobre los bienes y derechos afectados por la misma, responsabilidad que variará en función, entre otros factores, de la extensión y las dimensiones del servicio reservado. Incluso, dada la finalidad de interés general que se persigue con la utilización de la técnica de la reserva, resulta más coherente que los sacrificios que la misma pueda suponer para los patrimonios de los particulares afectados se repartan entre todos los miembros de la comunidad a través de su resarcimiento mediante fondos públicos. Caso de que la medida no fuera económicamente viable por la elevada suma que implicarían las indemnizaciones, sería preciso acudir a otras técnicas de intervención pública. Este problema no se plantearía en el caso de que la reserva se refiera a servicios sobre los que no exista, al adoptarse la medida, titularidad alguna. Es el caso, por ejemplo, de las denominadas reservas *ad cautelam*, supuestos en los que no concurren, al menos en ese momento, las circunstancias que permitirían la explotación de los servicios, de manera que no es posible hablar de titularidades efectivas que puedan verse afectadas por la medida.

Junto a la iniciativa pública en la actividad económica y la reserva al sector público de servicios de interés público, el artículo 302 establece que la reserva debe ser "por razones de conveniencia nacional" medida que, a diferencia de la reserva de servicios de interés público que afecta a toda

38. STC 127 / 1994, de 5 de mayo, relacionada con recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluyna, el Parlamento Catalá, el Parlamento Vasco y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra la regulación contenida en la Ley 10 / 1998, de 3 de mayo, sobre televisión privada.

actividad que se desarrolle en el ámbito de los mismos, tiene un carácter netamente concreto. El citado artículo 302 no agota todas las previsiones respecto de los instrumentos de intervención en la economía de que dispone el Estado para lograr los fines que tienen constitucionalmente asignados. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe destacar la previsión del artículo 112, que faculta al Estado para *planificar, racionalizar y regular la economía*, mediante ley, la actividad económica general, medida de carácter esencialmente indicativo a diferencia de la naturaleza coactiva de la reserva de servicios y la intervención de empresas; o la obligación que el artículo 111 impone al Estado de *fomentar* la educación y salud pública, y el deporte. La utilización de una técnica u otra estará en función de múltiples criterios -económicos, sociales, ideológicos, económicos, jurídicos y sociológicos- que el Estado debe ponderar en función de la finalidad perseguida y de la realidad a la que deba aplicarse.

VII. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La principal misión que la Constitución de 1999 atribuye a la Administración pública es el servicio, con objetividad, a los intereses generales. Se trata de una opción constitucional que debe impregnar decisivamente toda su actividad con independencia de la multiplicidad de formas en que pueda manifestarse. Esta irrenunciable dimensión servicial no puede llevarnos a la identificación de la técnica concreta del servicio público con el conjunto de la actividad administrativa, ya que de hacerlo estaríamos privando a la noción de servicio público de unos contornos precisos: si bien éste constituye una modalidad concreta de la actuación administrativa, no toda la actividad de la Administración pública tiene lugar a través de la misma. Esta elemental distinción no impide que existan una serie de criterios que deben informar cualquier actuación administrativa con independencia del mecanismo concreto a través del que se articule. Así, la Constitución, tal y como señalamos en líneas anteriores, además de reconocer expresamente la misión servicial aludida, enumera una serie de principios que, con carácter general, deben ser observados por todas las Administraciones públicas: igualdad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, sometimiento pleno a la ley y al Derecho así como a los fines que la justifican, responsabilidad y prohibición de la arbitrariedad. Ahora bien, la mayor o menor intensidad con que estos principios se manifiestan variará en función del mecanismo que se utilice, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir la utilización de los mismos.

En este sentido, Ariño Ortiz, afirma que para llegar a un "concepto coherente de servicio público es preciso afirmar la exclusividad de la actividad a favor del Estado porque, de lo contrario, el servicio público sería una cosa

indefinible y, por lo tanto, un concepto inútil para el Derecho". Esta es la nota que nos permite diferenciarlo de otras modalidades de actuación administrativa que, implicando la prestación de un servicio, no constituyen servicios públicos en sentido estricto por concurrir la actividad pública con la iniciativa privada[39]. De ahí que debamos identificar el mecanismo de la reserva al sector público de servicios de interés público previsto en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la técnica del servicio público. Por tanto, podríamos definir a este último como aquella actividad material de titularidad pública exclusiva orientada a satisfacer necesidades colectivas esenciales o de interés general.

Sin perjuicio de remitirnos a todo cuanto se ha expuesto al hilo del estudio concreto del artículo 302 constitucional, es preciso detenerse en cada uno de los elementos que integran la anterior definición.

1. Se trata de una actividad de carácter material, por lo que quedan excluidas las de naturaleza jurídica: producción normativa, dictado de actos administrativos, concesión de licencias, imposición de sanciones, que puedan realizar las Administraciones Públicas, si bien constituyen instrumentos de los que pueden valerse a la hora de organizar y prestar efectivamente el servicio.

2. La declaración de servicio público implica reservar la titularidad del mismo al sector público, por lo que la iniciativa privada en el ámbito afectado por la medida queda, en principio, subordinada a que la persona pública titular del servicio estime conveniente acudir a formas de gestión indirecta que precisen su colaboración (concesión, arrendamiento, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta). Esta reserva exclusiva supone acentuar el compromiso de la Administración titular en la correcta y efectiva prestación del servicio, ya que ella será la única competente para satisfacer las necesidades en juego al estar vedada la libre iniciativa privada en la materia. Incluso en los supuestos de gestión indirecta reseñados, la Administración competente conserva intensos poderes de dirección y control sobre la actividad y la organización del gestor, prerrogativas que se explican desde la responsabilidad última que incumbe a quien es titular de una actividad.

39. Como es el caso de servicios netamente social, como por ejemplo donaciones, etc., que si bien son servicios desde un punto de vista funcional, estrictamente escapan al régimen público que los regulan; o también, responden en su definición a servicios de interés público y no servicios públicos, a los cuales se refiere Bielsa. BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1980. pp. 458.

3. La trascendencia de la finalidad perseguida con la declaración de una actividad como servicio público así como la propia intensidad de la técnica explican que el artículo 302 exija que la reserva se realice "mediante ley orgánica". Dejando a un lado la cuestión -ya referida- de los tipos de normas con rango de ley que es posible utilizar para adoptarla, es preciso constatar que en nuestro modelo de organización pública constitucional sólo el Estado está investido, a través de sus respectivos órganos legislativos territoriales, de la potestad de dictar normas con rango de ley. A la hora de realizar una reserva, tanto las leyes estatales, como las estatales y ordenanzas municipales, deben respetar la distribución de competencias efectuada por el *bloque de la constitucionalidad*, si bien el caso de las dos últimas aparecen nuevos límites como consecuencia del papel superior que corresponde al Estado en tanto entidad superior que debe velar por intereses que trascienden el puro ámbito de comunidades regionales. Un tratamiento especial merece el caso de las Entidades Locales por cuanto que, al carecer de potestad legislativa *stricto sensu*, no tienen capacidad para declarar una actividad como servicio público a pesar de estar garantizada constitucionalmente la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (Artículo 168).

4. La propia noción de servicio implica, en una de sus acepciones, la idea de utilidad, provecho o beneficio en favor de otro, dimensión que está presente en toda la actividad de las Administraciones Públicas en cuanto servidoras del *interés general*. Una de las características más relevantes de la técnica del servicio público reside -dejando a un lado la titularidad pública exclusiva- en que a través de ella se persigue la satisfacción de necesidades que sobrepasan los intereses puramente individuales para alcanzar naturaleza de colectivas, circunstancia que determina su configuración como *servicios destinados al público en general* en los que el respeto al principio de igualdad, tanto en el acceso como en la prestación, adquiere una mayor relevancia[40]. Incluso, tal y como resulta de la literalidad del artículo 302 constitucional, los servicios reservados deben tener carácter público, calificación que ha de predicarse más bien de la necesidad a la que han de proteger porque es la satisfacción de la misma la que justifica la creación del servicio y, por tanto, la importancia del mismo estará en función de la trascendencia de aquélla para la vida social. A efectos de juridificar la esencialidad -como ya se

40. Así, las condicionantes que se pueden derivar de la facultad del Estado para garantizar "una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, y de consulta abierta" (Artículo 299 constitucional).

ha señalado anteriormente- sería conveniente identificar necesidades esenciales de la comunidad con bienes constitucionalmente reconocidos, dado el valor de la Constitución como Norma Fundamental donde se recogen los principios fundamentales de la vida en común de un pueblo. Esta especial trascendencia junto con la titularidad pública exclusiva - que impide la prestación del servicio por personas privadas salvo que se opte por un sistema de gestión indirecta- determina que la genérica exigencia de eficacia predicable de la actuación administrativa alcance una mayor intensidad plasmada en los principios de continuidad y regularidad en la prestación del servicio, principios por cuyo efectivo respeto debe velar la persona pública titular de aquél.

5. Con relación al tipo de régimen jurídico que es posible utilizar en la prestación del servicio, será preciso acudir a los instrumentos del Derecho Privado cuando se demuestre que la adecuada satisfacción de la necesidad concreta exige que la Administración deba renunciar a las peculiares características del régimen administrativo. No obstante, en la medida que se trate de satisfacer intereses públicos, la Administración responsable podría acudir al régimen jurídico-administrativo si fuera necesario, por su contundencia, aplicar las especialidades que le caracterizan. En este sentido, hay que resaltar la paradoja que supone el fenómeno escapista del Derecho administrativo caracterizador del régimen aplicable a las Administraciones Públicas de nuestro tiempo -en aras al logro de una mayor eficacia en su actuación, según se confiesa- frente a la tendencia expansiva que pretende extender su aplicación más allá de los límites subjetivos de la Administración pública.

VIII. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIO PÚBLICO Y OTRAS FIGURAS AFINES

La delimitación precisa de la noción de servicio público requiere, como exigencia final clarificadora, concretar las notas diferenciales caracterizadoras de una serie de figuras que, a pesar de la íntima relación que guardan con ella, se refieren a parcelas de la realidad diversas.

1. Servicios de interés público

En coherencia con la línea interpretativa mantenida respecto del artículo 302 de la Constitución, la declaración de una actividad como servicio público requiere, a modo de presupuesto, que la actividad de que se trate pueda ser calificada como de interés público, exigencia que determina que todos los

servicios públicos tengan ese carácter esencial, pero no implica que los servicios de interés general deban configurarse necesariamente como públicos, pues la decisión de reservar una actividad al sector público se encuentra dentro de las facultades -que no obligaciones- del legislador. La noción de servicio de interés público también es utilizada por la Constitución como técnica que, por su eficacia limitadora, permita garantizar la supremacía de ciertas necesidades colectivas -las esenciales- frente a las medidas que trabajadores y empresarios puedan adoptar en la solución de los conflictos laborales (Arts. 96 y 97) aunque las remite a las condiciones que la ley establezca, por lo que resulta preciso abordar el estudio de esta categoría a partir de ambos pasajes constitucionales. Mientras que en el primer caso la trascendencia de las necesidades en juego legitima la utilización de la técnica del servicio público por considerarse más adecuada para su eficaz satisfacción, en el segundo impone al Estado la obligación de asegurar la continuidad de su prestación en aquellos supuestos en que el ejercicio de algunos derechos -de huelga o de adoptar medidas de conflicto colectivo- por determinados ciudadanos pueda constituir una amenaza para los intereses colectivos que con ese servicio se garantizan.

Sobre este planteamiento ya existe pronunciamiento constitucional en el Derecho comparado. Un modelo notable de esta determinación está contemplado en el artículo 56 de la Constitución de Colombia, que señala en su primer aparte: "*Se garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.*"[41]. Esta disposición impulsa la reflexión sobre este tipo de conflictos laborales, los cuales, sea de parte de los empleados, o de parte de los patronos, pueden eventualmente atentar contra el funcionamiento de los servicios esenciales a su cargo; a diferencia de la Constitución italiana, que no menciona a los servicios públicos y solamente dispone que "*El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen.*"[42]. La razón de esta preocupación radica en las conductas fraudulentas detrás de móviles que perjudiquen la prestación del servicio público.

En Venezuela, el régimen de la huelga está orientado sobre los mismos principios que consagra la Constitución colombiana, y con clara articulación pretende tutelar el efecto que pudiera producirse contra la población, extendiéndose tal salvaguarda hacia las instituciones; y en este sentido el artículo 496 de la Ley Orgánica del Trabajo reza así: "*El derecho de huelga podrá ejercerse en los servicios públicos sometidos a esta Ley, **cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a***

41. Compilación de Constituciones Políticas. Tomo I. Funeda. Caracas, 1999. pp. 439.
42. Ob. Cit., Tomo III. pp. 1301.

las instituciones." (resaltado nuestro). Esta situación sigue desarrollada en el artículo 498 *eiusdem*[43], que busca mantener el mantenimiento o permanencia del servicio.

AZARA HERNÁNDEZ[44] nos muestra un ejemplo de huelga en el campo de los servicios públicos en Venezuela ha sido la reiterada huelga de profesionales de la salud que en 1996 y 1998 viéndose afectado el sector salud notablemente al paralizarse el servicio de emergencia[45] y en este último año existió gran repercusión en la mayoría del país, observando ese autor que la experiencia exhibe un término coactivo del conflicto, pero no lo soluciona; quedando latente el problema que nuevamente podrá presentarse. Igualmente sucede con el servicio administración de justicia y las huelgas en el área de transporte público, que afectan al interés colectivo y la seguridad de la comunidad. No obstante, creemos pertinente señalar que el arbitraje, aprovechando su previsión constitucional (artículo 258), es una vía alterna de solución de conflicto que bien puede practicarse a los efectos de proteger tanto los intereses de los huelguistas como de la sociedad y los servicios esenciales.

Parece indudable, por tanto, que el carácter esencial no puede predicarse en abstracto del servicio, ya que la naturaleza instrumental de este último determina que sea necesario acudir a las exigencias que justifican su existencia para utilizar tal calificación. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que "a priori no existe ningún tipo de actividad productiva que en sí misma pueda ser considerada como esencial", puesto que "la noción de servicios esenciales hace referencia, antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles

---

43. "De los trabajadores en conflicto, aun declarada la huelga, están obligados a continuar trabajando aquellos cuyos servicios sean indispensables para la salud de la población o para la conservación y mantenimiento de maquinarias cuya paralización perjudique la reanudación ulterior de los trabajos o las exponga a graves deterioros y quienes tengan a su cargo la seguridad y conservación de los lugares de trabajo. A estos efectos, el patrono y sus representantes están obligados a permitir su entrada a la empresa y facilitarles el cumplimiento de su labor. Los trabajadores obligados a continuar prestando servicio serán los estrictamente necesarios para preservar la higiene y seguridad y la fuente de trabajo, de conformidad con los requerimientos técnicos propios de la actividad.

    El sindicato y el patrono se pondrán de acuerdo sobre el número de trabajadores que continuarán prestando servicio.

    El sindicato podrá hacer las observaciones que estime pertinentes cuando a su juicio se exija trabajo a personas, sin justificación suficiente."

44. AZARA HERNÁNDEZ, Julio. *Derecho de Huelga en los servicios públicos*. En: Servicio Público. Balance & Perspectiva. Coordinador: José Araujo Juárez. Vadell Hermanos editores. Valencia- Caracas, 1999. pp. 457 y 458.

45. Aunque atendían en determinados hospitales medianos problemas, existía mucha inseguridad en el área de cirugía.

de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza"[46], llegando a identificar estos últimos con *los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos,* criterio que parece idóneo aplicarlo en nuestro ámbito si tenemos en cuenta la naturaleza de los intereses que pueden entrar en conflicto.

En el caso de reserva de servicios de interés general al sector público, la medida afectaría, limitándola, a la libertad de empresa garantizada por el artículo 112 de la Constitución de 1999, mientras que en los supuestos de medidas de conflicto laboral se estaría condicionando el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente; sólo en la medida que exista una justificación basada en valores constitucionalmente asumidos sería posible acudir a la noción de servicios de interés público tanto en su dimensión legitimadora de la reserva al sector público como en la defensora de los intereses colectivos frente a medidas de conflicto laboral. La concreción de cuáles sean las necesidades esenciales de una comunidad deberá realizarse, por tanto, a partir de las previsiones contenidas en su Norma Fundamental.

A pesar de que puedan existir servicios esenciales de titularidad privada -aquellos sobre los que no se ha ejercido la facultad del artículo 302 de la Constitución-, no parece existir obstáculo alguno para que, caso de verse amenazada la continuidad de su prestación como consecuencia del ejercicio de los derechos previstos en los artículos 95 y 96 constitucional, el Estado adopte las medidas necesarias tendentes a la protección de los intereses colectivos esenciales a cuya satisfacción se dirigen, con independencia de quién sea el titular de la actividad.

2. Servicios mínimos

Si bien en nuestra Constitución no existe mención expresa sobre la prestación mínima de los servicios tal como lo formula expresamente el Texto Fundamental español en su artículo 28.2 "mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad", interpretada por el Tribunal Constitucional español como equivalente a un determinado nivel de prestación del servicio que, ante situaciones de conflicto laboral, garantice su funcionamiento, si bien mantener un servicio no implica que se alcancen las costas de rendimiento

46. Garrido Falla afirma en gráfica expresión que "se ha podido decir que la prestación del servicio se realiza en régimen de cola". El concepto de servicio público ... Ob. Cit., pp. 21.

47. STC 148 / 1993, de 29 de abril.

habitual[47], podemos inferir de la norma constitucional contenida en el artículo 141 que existe una especie de sujeción especial de los funcionarios, en el sentido de responsabilizar a la Administración pública en el ejercicio de la función pública. A diferencia de la naturaleza cualitativa que presenta la noción de servicio esencial, los servicios mínimos hacen referencia a la determinación de un concreto nivel cuantitativo en el funcionamiento de la actividad en cuestión. MARTÍNEZ MARIN al criticar esta postura del Alto Tribunal español dada la trascendencia que para la comunidad tienen las necesidades que satisfacen los servicios esenciales, importancia que, paradójicamente, fue reconocida por el propio Tribunal en una de sus primeras sentencias al afirmar que "en la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios, son al mismo tiempo, esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga"[48]. En tal sentido, este autor muestra una postura coherente[49] con la última *ratio* de los servicios esenciales implicaría sustituir, el término servicios mínimos por el de *servicios suficientes*, pues de otro modo quedarían insatisfechas las necesidades que justifican la existencia del servicio.

3. SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O VIRTUALES

La intervención pública en la economía puede materializarse mediante de una pluralidad de mecanismos cuya concreta utilización dependerá de circunstancias muy diversas. Existen ciertos sectores en los que los que el Estado, sin llegar a ostentar la titularidad que permanece en manos privadas, está obligado a realizar una actividad de supervisión y control como consecuencia de las funciones que les encomienda el ordenamiento en vigor, algunas de las cuales están incluso previstas en la propia Constitución[50]. Este título les legitima para reglamentar la actividad, requerir autorizaciones, imponer controles, realizar inspecciones, establecer límites en las tarifas, asemejando el régimen de estas actividades al de los servicios públicos gestionados a través de particulares. A pesar de las similitudes que puedan existir entre los servicios

48. Este criterio lo mantuvo el Tribunal Constitucional en STC 26 / 1981, de 17 de julio, interpretación que ha venido reiterando en STC 27 / 1989, de 3 de febrero; 148 / 1993, de 29 de abril.

49. Esta postura la expresa el Tribunal Constitucional en STC 33/ 1981, de 5 de noviembre, al afirmar que "la continuidad del servicio debe quedar asegurada en estos sectores, de modo que la huelga no pueda ser total y un servicio mínimo debe quedar asegurado".

50. Artículo 112 constitucional.

públicos propios y los virtuales o impropios, los límites de la injerencia pública son más intensos en estos últimos puesto que el contenido esencial de la libertad de empresa se erige en obstáculo infranqueable para la misma, dado que la titularidad de la actividad sigue siendo privada al no haberse ejercitado la facultad de reserva pública del artículo 302 de la Constitución de 1999.

Finalmente, debemos anunciar el cuidado al cual hay que someter el servicio público, y como apunta GORDILLO[51], lo esencial o no del servicio dependerá no solamente del interés público cuestionado, sino de la justicia y equidad, como valores jurídicos propios del Derecho que anteceden a cualquier excusa de seguridad o conveniencia. Y también señala que los derechos particulares no deben sacrificarse para satisfacer derechos colectivos, afirmación a la que nos adherimos por considerar que el tratamiento de los servicios públicos es una gestión determinada proporcional a la necesidad individual y pública, conservando los principios previstos en el ordenamiento sustantivo.

IX. CONCLUSIONES

En primicia de un nuevo siglo el Derecho administrativo se enfrenta a múltiples conceptos jurídicos, muchos de ellos debatidos desde el nacimiento de la ciencia administrativa; otros totalmente consolidados; y los recién fundados, maltratados por el inadecuado entendido de los cuales han sido objeto. Los servicios públicos, dentro del primer grupo visto, desde los establecimientos públicos en Francia hasta la actualidad en el mundo, han sufrido críticas conceptuales que de una u otra manera -sirviendo de canal- permiten llegar a la conclusión siguiente: *son una necesidad pública que se integra a todos los órdenes de un Estado.*

Tal integración debe considerarse a través de la Carta Fundamental en todas las latitudes. En nuestro ordenamiento positivo, la Constitución de 1999 incorpora nuevos conceptos jurídicos e Instituciones, que si bien amplían el campo de los servicios públicos, existen ligeras nociones que deben columbrar el sentido y alcance de la actividad legislativa y administrativa.

De esta manera, la creación o declaración de un servicio público, siendo parte integral de la función administrativa, debe inspirarse también en decretos

51. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado.* Primera edición colombiana. Biblioteca Jurídica DIKE - Fundación de Derecho Administrativo. Santafé de Bogotá, 1998. pp. VI-43.

ejecutivos sometidos al señorío constitucional que la ejecuten y mantener así el rango legal. Tal respuesta obedece al estímulo externo, que sólo la Administración tiene la obligación de conocer, en cuento a las contingencias o bivalencias que pueden presentarse dentro del área que controla mayormente y es quien debería de atender con mayor prontitud las dificultades sobrevenidas que pudieran incidir en la calificación de los servicios. Por ejemplo, las circunstancias de colapso social producto de tragedias provocadas por la naturaleza son situaciones que requieren una oportuna medida de prevención y tratamiento inmediato, siendo la diferenciación entre estos dos niveles la necesidad. Entre la alimentación, el vestido y la recreación, pareciera manifiesto que el primer servicio sería esencial, pero en una catástrofe el vestido y recreación facilitaría el tratamiento post-traumático de los ciudadanos y pasaría a ser de carácter esencial para complementar el derecho a la vida, que no solamente se refiere a la existencia física.

Partiendo de esta breve reflexión, continuamos el recorrido por el Derecho de los servicios públicos, y el aspecto sustantivo más relevante es la protección de los derechos subjetivos, que es el problema de fondo en los conflictos en esta materia.

Los derechos subjetivos se encuentran alrededor de un elemento omnipresente, que es el derecho a usar el servicio, el cual posee diversas manifestaciones; por ejemplo, al usar un servicio de telecomunicaciones (radiodifusión) estamos ejerciendo nuestro derecho al "uso", obteniendo o enviando información, lo que se traduce en comunicación, que es considerado un derecho subjetivo fundamental.

El usuario espera que sea efectiva la tutela de los servicios públicos, porque es obligación del Estado dar satisfacción del interés general. Por tanto, la restricción fundada o legítima de un usuario a calmar su necesidad general que como parte de una población le corresponde, implicando un sacrificio particular, debe ser indemnizado para justificar la excepcional situación que lo aparta del nivel igualitario dentro del cual debe encontrarse. Así se confluye en la noción contemporánea de la responsabilidad administrativa, respetando con mayor énfasis aquellos servicios públicos esenciales por medio de los cuales se cubren, a la luz de FIORINI, "necesidades generales imperiosas"[52], como servicios de transporte y afines, producción y distribución de energía eléctrica, las comunicaciones, sistema hidráulico y sanidad en general.

---

52. FIORINI, Bartolomé A. *Derecho administrativo*, Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997 pp. 213.

Ahora bien, la exigencia del buen funcionamiento del servicio público es la meta de todo Poder administrador, pero si estudiamos el problema de la eficacia del servicio de un modo bilateral, además del usuario que debe respetársele su derecho de usar el servicio, debemos enfrentar la situación del administrador que promueve el servicio y veremos inmediatamente que el Estado también debe ser el centro de atención que debe venir dado por un límite, el cual comenzaría donde termina el derecho del usuario, ya que su potencial derecho se desarrollará en las condiciones establecidas por la ley y tales referencias dependen del tipo de servicio y su naturaleza para mantenerlo en buen funcionamiento. Por su parte, el Estado tiene la obligación de lograr el cometido que le han confiado y para ello no existe causa excusable y es irrenunciable la labor de proveedor, y mientras sufra un déficit principalmente en su infraestructura -que a su vez es causada primariamente por carencia de presupuesto- seguirá siendo responsable al consagrarse en texto legal de manera expresa la administración de los servicios públicos.

La situación excepcional que sufre nuestro sistema jurídico y social actualmente exige un Estado dispuesto a maximizar sus funciones y ello puede ser probado con el cumplimiento normal de los servicios públicos, dentro de la tarea administrativa.

La entrada en vigor de la Constitución de 1999 con sus nuevos Poderes (Electoral y Ciudadano) incremente la fuerza de los servicios públicos, y el Derecho administrativo venezolano, en virtud de tales cambios, ostenta otra dimensión que comienza a sentirse en la división de su contenido sustancial, al apartarse constitucionalmente y de manera autónoma la justicia electoral y constitucional, que como especies del género público, también se independizan -con un carácter sistemático que no debe obviarse- del general administrativo.

Por otra parte, el artículo 2 de la Constitución de 1999 se refiere al Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, una visión que requiere ser meditada para comprender la verdadera necesidad de los ciudadanos. El concepto de Derecho persigue la justicia, pero ésta no puede prevenir aquél, porque lo justo no necesariamente coincide con la ley. Con relación a los servicios públicos, creemos que la justicia es el funcionamiento de calidad de los mismos, lo amparado por normas jurídicas.

Lo interesante e importante en torno a los servicios públicos es el respaldo constitucional dado; y para finalizar el presente trabajo se hace preciso la mención de los servicios públicos según la Constitución de 1999. Ya el mismo artículo 2 *eiusdem* trata sobre la responsabilidad social, así como también los

artículos 3, 4, 6, 19, 21, 22, 26, 30, 83, 84, 86, 102, 103, 127, 139, 140, 141, 143, 281.2, 272, 292 (último aparte), 305, 306, 310, 322, *eiusdem*, entre otros, expresando los fines del Estado, donde se incluye el bienestar del pueblo; la cooperación y solidaridad como otros de los principios de un Estado Federal Descentralizado; la responsabilidad; la garantía de los derechos humanos; igualdad social; cláusula abierta de derechos humanos; tutela efectiva; indemnizaciones, la salud y su garantía; seguridad social; educación formal e integral; protección ambiental; responsabilidad individual y patrimonial del Estado, eficiencia y legalidad de las actuaciones de la Administración, derecho a la información administrativa; el Defensor del pueblo como guardián del cumplimiento de los servicios públicos; sistema penitenciario; igualdad y eficiencia en los procesos electorales; seguridad alimentaria y desarrollo agrícola de manera integrada; promoción del turismo al calificarse de interés nacional y el desarrollo de la seguridad de la Nación.

Igualmente, aparte de este Preámbulo normativo base, la nueva Constitución establece en bloque las competencias del Poder nacional, estatal y municipal, siendo integrante de tales atribuciones lo relativo a los servicios públicos.

Dentro de las competencias del Poder nacional, según el artículo 156: la seguridad social y defensa nacional; servicios de identificación; policía nacional; el régimen de la administración de riesgos y emergencias; las obras públicas de interés nacional; el régimen del transporte nacional (navegación, aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional); de los puertos de aeropuertos y su infraestructura, así como también el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales; correo y telecomunicaciones incluyendo la regulación del espectro electromagnético; servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas; las políticas nacionales y la legislación en materia de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio y naviera; administración de justicia (agregando el Ministerio Público, la defensa pública y el Defensor del Pueblo) y las políticas y servicios nacionales de educación y salud; y las políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.

Dentro del Poder estatal, el artículo 164 constitucional le atribuye a estos entes la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable; creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas; creación de los servicios públicos estatales; ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las

vías terrestres estatales; conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Por último, el Poder municipal, de conformidad con el artículo 178 de la Carta Magna está a cargo de la vida local, concretamente la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad en cuanto a la Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público, vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros y pasajeras, espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales, protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil, salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal, servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios, Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

En definitiva, todo este régimen (doctrina y creación de nuevos órganos para desarrollar, regular y ejecutar los servicios) permite un Derecho administrativo más que moderno, acorde con la cultura y mantenimiento social de las Instituciones, que significa una ciencia jurídica en evolución y con frecuentes cambios que la hacen frente a los cambios sociales, políticos y jurídicos, como una especialidad fresca y en crecimiento sustantivo que enriquece a otras áreas del Derecho al emplearse el método sistemático como vínculo entre todos ellos.

Siguiendo este pensamiento, entusiasmados estamos con cualquier proyecto estatal que pretenda cubrir las necesidades humanas, urgentes o no,

porque el Estado -excluyendo toda idea de paternalismo que pueda distorsionar su propósito último- debe pasar al nuevo siglo siendo un gran motivador y aliado del bien común, que conociendo sus virtudes y limitaciones deberá encarar situaciones sencillas y extremas, con servicios públicos alternos y no exclusivos para un caso concreto, es decir, la multiplicidad de servicios y su administración es una tarea creadora que falta por madurar.

Siendo esto así, la génesis de los servicios públicos no se encuentra ya ligada a rígidas concepciones primarias sino que trasciende a lo biológico, a lo personal y colectivo, a lo humano.

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA VENEZOLANA

Una reflexión crítica desde la Constitución de 1999*

POR JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO**

"La honestidad, simple y categóricamente, es no tomar lo que no es de uno, es hacer lo que se debe hacer y no hacer lo que no se debe hacer"

Tomás Polanco Alcántara

PRESENTACIÓN

Deseo que mi primera palabra sea de gratitud y de estímulo. *Gratitud* a los promotores de esta hermosa iniciativa por permitirme participar en ella con algunas reflexiones sobre la materia que nos apasiona: el Derecho Administrativo. *Estímulo* para que se fomenten estos homenajes que honran la memoria de maestros y hombres preclaros en el devenir histórico del derecho venezolano.

La ausencia del Dr. Tomás Polanco Alcántara nos deja huérfanos de faro rector que nos orientaba por el sendero de su sabiduría de jurista insigne, y de prototipo de ser venezolano como él nos enseñó en su faceta de historiador. Como paradigma para las nuevas generaciones de juristas nos queda su vida y ejemplo de honestidad y entrega generosa a sus convicciones y a las ciencias que profesó.

---

*. Trabajo preparado para el Libro Homenaje al Dr. Tomás Polanco Alcántara.

**. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor agregado de Derecho Administrativo en pre y postgrado de la Universidad Católica del Táchira. Director de la Revista Tachirense de Derecho

No quiero dejar pasar esta oportunidad para recordar aquí que una de las obsesiones del insigne maestro que homenajeamos estuvo siempre vinculada a los deberes éticos y su aplicación en el derecho. Así, hace diez años, nos decía con suma preocupación que:

> "...vivimos una temporada que tendrá que ser pasajera, en la cual en muchos aspectos de la vida colectiva la ética y el derecho, que debían ser los primeros valores de la sociedad, la ética como guía de la conducta individual y el derecho como guía de la conducta colectiva, han pasado a un segundo plano y dejado su puesto primordial a los intereses políticos y económicos. Con esta forma de pensar de nada importa que una conducta sea contraria a la ética y antijurídica si produce beneficios económicos o resultados políticos...."(Conferencia de clausura de las XVIII Jornadas Domínguez Escovar, Barquisimeto, 1993).

Concluía el maestro que en un ambiente semejante el Contencioso-Administrativo no podía prosperar, vaticinando que se ahogaría en un medio que lesiona sus bases y sus conceptos fundamentales. Así las cosas, retomando el ayuntamiento entre ética y derecho pensaba que:

> "...cuando la ética y el derecho vuelvan a alcanzar el papel predominante que les corresponde, la jurisdicción Contencioso-Administrativa naturalmente adquirirá potencia práctica y eficacia porque será más difícil que el funcionario incurra en conducta ilegal, será más posible que el particular lesionado por la ilegalidad ocurra ante los tribunales y será también factible que el juez se sienta con libertad y con fuerza suficiente para restablecer las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad ilegal de la Administración...."

Pues bien, diez años después, en el discurso de clausura de las XXVIII Jornadas Domínguez Escovar que había preparado y que no pudo leer porque la muerte le sorprendió, de manera recurrente volvía sobre el tema de los valores éticos y el derecho. Así en su hermosa conferencia titulada "El Derecho y el Jurista ante las perspectivas del siglo XXI", de forma recurrente retoma los valores éticos y el derecho y nos dice:

> "Nunca se debe dejar de insistir en el imperio de la ética dentro del campo jurídico. Se debe proclamar constantemente el valor de la probidad, la honradez, la veracidad, la lealtad, la dignidad, el decoro, la honestidad, la independencia"(Tomo II, Avances jurisprudenciales del Contencioso-Administrativo, Barquisimeto, 2003).

PLANTEAMIENTO

El Derecho Administrativo es el derecho del poder.[1] De la prudencia, dignidad y eficacia de los gobernantes dependerá que esos colosos, que son las Administraciones públicas, dotados de técnicas y poderes extraordinarios, estén o no dirigidos a objetivos que respondan a las exigencias de la mayoría de los ciudadanos.

La evolución histórica del Derecho Administrativo ha estado en función de la historia de la evolución de los detentadores del poder político, pero ya sean éstos reyes absolutos, la nobleza o representantes políticos surgidos de las urnas, gobernar exigirá siempre un núcleo común de privilegios hasta el punto de que gobernar equivalga a actuar desde el privilegio. En cualquier caso, el poder necesitará una organización administrativa para cumplir sus objetivos, desde la más elemental a la más evolucionada y sofisticada, y exigirá un Derecho especializado y privilegiado en relación con el que sirve para regir las relaciones entre particulares.

Por ello la jurisdicción contencioso-administrativa es una pieza clave de nuestro Estado de Derecho. Le ha tocado asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración.

Corresponde a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el control judicial de la actuación administrativa. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia jurisdicción contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde.[2]

I. CONFIGURACION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela está constituída en forma pluriorgánica, de acuerdo al artículo 259 de la Constitución, por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Pero también la

1. LINDE PANIAGUA, Enrique: *El Derecho del Poder*, Colex, Madrid 1999.
2. GONZÁLEZ PEREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid 1993.

constituyen la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y los llamados tribunales contencioso administrativo generales(regionales), a los cuales se les denomina así , por cuanto su competencia no está limitada a materias específicas, sino que, la misma comprende el control de la Administración Pública estadal y local, cualquiera que sea su esfera de actuación, determinándose su competencia concreta en razón de criterios territoriales o de cuantía. Estos Tribunales contencioso-administrativos generales son los Juzgados Superiores con competencia en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativa, a los cuales alude el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y que fueron especificados en el Decreto N°2057, del Presidente de la República de fecha 08 de marzo de 1977, y que tienen un ámbito de actuación determinado por regiones, por lo cual se les denomina en la práctica tribunales contencioso-administrativo regionales. Posteriormente, la Resolución N°871 del Consejo de la Judicatura, de fecha 09de mayo de 1991, elevó estos tribunales contencioso-administrativos al número de once. En este año, con la eliminación del Tribunal de la Carrera Administrativa la Dirección Ejecutiva de la Magistratura creó dos Tribunales contencioso generales en el área del Distrito Capital.

Por otra parte, también conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, los denominados tribunales contencioso-administrativos especiales, que conocen sólo de materias específicas de la actividad global de las administraciones públicas. Pueden ser *permanentes:* el Tribunal de la Carrera Administrativa (ya desaparecido), los Juzgados Superiores Agrarios, y los nueve tribunales contencioso-tributarios. Todos tienen sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio nacional. Pueden ser también *eventuales* : los Juzgados de Primera Instancia Civil (en materia de expropiación por causa de utilidad pública); los de Primera Instancia Laboral (contencioso-laboral), ya reformulada su competencia por la jurisprudencia eliminándola; Tribunales de Protección de Niños y Adolescentes y Juzgados de Primera Instancia Civil (rectificación de partidas, dependiendo de que el solicitante sea menor o mayor de edad); Municipios Urbanos (en materia inquilinaria).

En materia de amparo constitucional la situación ha sido compleja y bien diversa respecto a la competencia. La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, de fecha 08-12-2000, del caso Yoslena Chanchamire ha determinado que:

> "...mientras no se dicten las leyes que regulen la jurisdicción constitucional o la contencioso-administrativa, y a pesar de la letra del artículo 7 de la Ley Orgánica del Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el conocimiento de los amparos autónomos afines con la materia administrativa, corresponderá en primera instancia a los Tribunales

Superiores con competencia Contencioso-Administrativa, que tengan competencia territorial en el lugar donde ocurrieron las infracciones constitucionales, a pesar de que no se trate de jueces de primera instancia. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que las personas lesionadas deban trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el hecho lesivo, a fin de obtener la tutela constitucional. En beneficio del justiciable, si en la localidad en que ocurrieron estas transgresiones, no existe Juez Superior en lo Contencioso-Administrativo, pero sí un Juez de Primera Instancia Civil, éste podrá conocer del amparo de acuerdo al procedimiento del artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Ahora bien, si en la localidad en que ocurrieron las transgresiones constitucionales, tampoco existe Juez de Primera Instancia Civil, conocerá de manera excepcional de la acción de amparo, el juez de la localidad , y éste, de conformidad con el artículo 9 antes citado, lo enviará inmediatamente en consulta obligatoria al Juez Superior en lo Contencioso-Administrativo, para que se configure la primera instancia".[3]

En la Asamblea Nacional reposa un proyecto de Ley, elaborado por Víctor Hernández-Mendible[4] a solicitud de la Consultoría Jurídica de ese cuerpo legislativo. En dicho proyecto hay luz y esperanza para la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que crea los tribunales de primera instancia en lo contencioso-administrativo, con sede en cada capital de Estado; mantiene los Juzgados Superiores Regionales en lo Contencioso-Administrativo, como verdadera instancia superior, configurados de manera colegiada, y elimina la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

II. ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES REGIONALES

El proceso de descentralización política, sin la menor duda, conlleva la ampliación de los poderes de decisión de los Estados y de los Municipios. Ello implica, por tanto, la posibilidad para esos entes de dictar más actos administrativos que pueden lesionar los derechos e intereses de los ciudadanos. La consecuencia es que a mayores poderes debe haber también, mayores posibilidades de control judicial.

Por ello, la descentralización exige que en cada capital de Estado, al menos, exista un Tribunal con competencia contencioso-administrativa, de manera de

3. Consultada a través de la página web del Tribunal Supremo de Justicia.(documento en línea).
4. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: *Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Revista del Tribunal Supremo de Justicia, Número 1.

asegurar el efectivo acceso a la justicia administrativa. En la organización actual de los Tribunales Superiores contencioso-administrativos, aparte de los que están en jurisdicción del Distrito Capital, sólo existen nueve en el resto del territorio nacional lo cual, sin duda, restringe el control contencioso-administrativo de los actos estadales y municipales. Con este argumento el profesor Brewer-Carías, tras su experiencia como Ministro para la Descentralización en 1994, ya ponía en evidencia el abandono y desatención de la provincia venezolana en materia contencioso-administrativa.[5] Estos argumentos son válidos para sostener que también hay limitaciones en la provincia venezolana para acceder a la justicia administrativa, por la deficiente organización judicial en estos días.

En un estudio estadístico realizado a través de la Revista Tachirense de Derecho (en la sección de jurisprudencia se publican las sentencias del contencioso-administrativo de la Región Los Andes), se ha podido constatar que desde 1992 hasta el 2002, el 80 % de las causas que conoce el Juzgado Superior Contencioso-Administrativo de la Región Los Andes corresponden a asuntos de Táchira y Mérida. Y el Tribunal tiene sede en Barinas. Tanto en jurisdicción contencioso-administrativa como en amparo constitucional autónomo.

En materia del *contencioso de los actos,* tanto en nulidad como en abstención o carencia, los casos tramitados ante dicho tribunal van desde carrera administrativa estadal y local, permisología municipal, inquilinario, concursos, urbanismo, sanciones administrativas, terrenos municipales, patentes, concesiones de transporte urbano, etc.

En materia de *amparo constitucional* autónomo proliferan acciones por violación del derecho a la defensa, al trabajo de funcionarios regionales y locales, al derecho a la educación, al honor, a la propiedad, a oportuna respuesta, etc.

En fin, cada día es mayor la litigiosidad en el contencioso-regional porque los ciudadanos de la provincia, están cansados de los abusos y de las agresiones ilegítimas de la administración pública estadal y local. Y a pesar de la distancia geográfica, siguen acudiendo al tribunal contencioso-regional pidiendo justicia.

III. DELIMITACION COMPETENCIAL

Para lo que aquí queremos destacar, en relación al acceso a la justicia administrativa en la provincia venezolana, exponemos que toda la actividad de

---

5. Allan BREWER-CARIAS, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1994) p.117.

las entidades estadales y municipales sea controlada por el Contencioso regional. Pero no es así, hay materias como la tributaria que escapa a tal planteamiento.

Así en relación al *aspecto tributario* es necesario remontarnos al año 1993. En efecto, hasta esa fecha todos los actos administrativos provenientes de los Estados y Municipios, podían ser impugnados ante el Tribunal Contencioso regional correspondiente. Inclusive los de naturaleza tributaria y fiscal. No había discriminación respecto a la materia controlada.

Tras la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario de la época, y visto el contenido de su artículo 229, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12-08-93(caso Madosa), escamoteó a los Tribunales Contencioso-Administrativos regionales el conocimiento de los actos administrativos municipales de contenido tributario. Esta interpretación de la Corte consideró que la "*...redacción del primer aparte del artículo 229 del Código Orgánico Tributario, está excluyendo la aplicación a la materia tributaria estadal y municipal del artículo 181 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*".[6] Por tanto, sólo en las causas pendientes relativas a la materia tributaria estadal y municipal los competentes seguirían siendo los tribunales contencioso-administrativos regionales, ya que a partir de la vigencia del Código Orgánico Tributario y la decisión de la extinta Corte que comentamos, los competentes para conocer de los procesos que se instauren en dicha materia tributaria son los Tribunales Contencioso-Tributarios. Además consideró la Corte que el procedimiento a seguir no sería el previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino el especial previsto en el Código Orgánico Tributario.

De acuerdo a lo anterior, desde agosto de 1993 los que sobrevivimos y luchamos en la provincia venezolana no tenemos acceso a la justicia tributaria en forma natural, ya que no existe ningún tribunal competente en la materia situado en cada capital de Estado, o en cada región. La deuda de la justicia administrativa y tributaria con la provincia venezolana es síntoma del desinterés de los responsables. El extinto Consejo de la Judicatura violentó por mucho tiempo el derecho a la tutela judicial efectiva que tenemos todos, al no dotar a la provincia de órganos jurisdiccionales competentes en estas materias especiales. El hecho de su concentración en el Distrito Capital menoscaba el derecho de acceso a la justicia.

Es cierto que el Código Orgánico Tributario tenía previsto en su artículo 224, la creación de ocho tribunales de lo contencioso-tributario, con sedes en

6. Pierre Tapia, Tomo 8-9 (1993) p.240.

las ciudades de: Barquisimeto, Maracaibo, San Cristóbal, Valencia, Calabozo, Puerto La Cruz, Puerto Ordaz y Porlamar. Estos Tribunales debían ser creados, por mandato del referido artículo, antes del 31 de julio de 1995. La finalidad de esta generosa disposición es la de ampliar la jurisdicción contencioso-tributaria. Efectivamente el Consejo de la Judicatura procedió a decretar la creación de dichos tribunales. En efecto, digo a decretar porque no se ha producido su materialización desde el mes de julio que ordenó la norma tributaria comentada. En ninguna capital de Estado de la provincia existe el Tribunal correspondiente, aunque sí está en el papel. Por tanto, seguimos desasistidos. Recientemente hemos oído de la creación de un Juzgado Superior Contencioso-Tributario en San Cristóbal, pero materialmente no existe, y es poca la información que al respecto se ha emitido. Parece una situación secreta.

Quiero aclarar que la deficiencia afecta tanto a los tributos nacionales como municipales cuando pretendamos recurrir por la vía judicial. Lo que pasa es que hemos querido poner de manifiesto lo referente a la posibilidad de recurrir los actos administrativos tributarios, provenientes de los municipios porque hemos sentido con más intensidad tal falta del orden jurisdiccional en este campo.

Recientemente respecto a otros temas, ha habido luz para las competencias del contencioso-regional: la *función pública local y estadal,* la contrariedad a derecho ya que antes sólo era posible alegar razones de ilegalidad en los diferentes recursos que interponíamos. En efecto, después de varios años de desconocer la competencia del contencioso-regional para controlar los actos en relación a la función pública estadal y local, la doctrina del Tribunal del Supremo ha rectificado y ha devuelto esta competencia natural a dichos tribunales. Así la decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de noviembre de 2000, ha ratificado este criterio al señalar:

> "...para dirimir las acciones de nulidad por ilegalidad de los actos de efectos particulares emanados de los Estados y Municipios, y asimilada esta atribución a las reclamaciones provenientes del empleo público de los funcionarios estadales y municipales, el Tribunal Contencioso-Administrativo Regional será el competente en primera instancia para que en lo sucesivo conozca de este tipo de reclamaciones, provenientes de funcionarios públicos estadales y municipales, mientras tal competencia no sea expresamente atribuída a otro órgano jurisdiccional. Quedando su revisión en caso de apelación a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo".

Sobre los *motivos de impugnación* también, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 el Tribunal Supremo de Justicia ha visto con

claridad la injusticia que se venía cometiendo con los Tribunales Contencioso-Administrativos Regionales. Esto es así ya que sólo conocían por razones de ilegalidad, tal y como establecía el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia En efecto, la decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional determinó:

> *"...por mandato constitucional los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular actos administrativos por contrariedad a derecho, esta Sala Constitucional estima que la disposición contenida en el primer aparte del referido artículo 181 es a todas luces contraria a la Constitución, motivo por el cual, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución, inaplica a los fines de determinar la competencia en el caso de autos, el primer aparte del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia 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 de este Tribunal Supremo, 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."*

1. Acceso a la Justicia administrativa

El acceso a la justicia no ha sido un tema considerado por los investigadores y estudiosos del derecho, y tampoco en Venezuela, tal y como ya expresaba Cappelletti, al señalar que:

> "Hasta hace pocos años, con raras excepciones, los estudiosos del derecho no se preocupaban por las realidades del sistema judicial: Factores tales como las desigualdades entre los potenciales litigantes en el acceso practico al sistema o a la disponibilidad de recursos para el litigio no se consideraban siquiera como problema"[7]

El acceso a la justicia contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el principio de que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos. En esa misma línea de pensamiento, el texto constitucional nos dice que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio

7. *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos fondo de cultura méxico 1996)*

de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales.

En la misma línea de pensamiento, nos vamos a encontrar que los elementos definidos en el texto constitucional constituyen una garantía del Estado, y se refieren a que la justicia debe ser accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable y equitativa. Desde luego vamos a agregar que la última expresión, al establecer que debe ser sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles, constriñe a obtener una solución del problema judicial a la brevedad posible. Todas las reposiciones o los formalismos o las dilaciones indebidas, contradicen el texto constitucional. Por lo tanto, el juez no debe vacilar al hacer abstracción de ellos, porque son contrarios a la justicia misma.

Se recurre con frecuencia al sistema judicial español, también a la doctrina y jurisprudencia que esa cultura ha producido, porque precisa el tema de acceso a la justicia a través de sus decisiones. En el tema del acceso a la justicia debemos partir del derecho a la jurisdicción, que es presupuesto lógico de los otros posibles contenidos del derecho.

La doctrina reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo reafirma el texto constitucional que proclama el desarrollo de las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran "*la garantía de una justicia sin formalismos o reposiciones inútiles*" o la del no sacrificio de la justicia por "*la omisión de formalidades no esenciales*", previstas expresamente en los artículos 26 y 257. Dice la sentencia:

> "El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente". (Ponencia del Dr. Iván Rincón Urdaneta. Exp. 01-580 DC Nº 389)

Ahora bien, ¿qué comprende el derecho a la tutela judicial efectiva? La doctrina del Tribunal Supremo en Sala Constitucional se refiere más bien al derecho a la tutela judicial efectiva, que venimos denominando acceso a la justicia. Lo importante es que el ciudadano requiere que la tutela judicial efectiva sea una garantía para sus derechos. Según el artículo 26 de la Constitución vigente, todos los ciudadanos tiene derecho de *acceso a los órganos* de

administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, pero que según el criterio de la referida sentencia el artículo 26 de la Constitución se denomina el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende según ella el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a tener una decisión en derecho y el derecho a que esa decisión sea efectiva. Este criterio aclara que comprenden el que la decisión resultante de un proceso sea aquella querida o que beneficie al titular de dichos derechos, sino que dicha decisión sea obtenida dentro del proceso legalmente establecido, desarrollado sin infracción de los particulares derechos a que se refiere el artículo 49 de la Constitución y con las características de celeridad, ausencia de formalismos no esenciales y otras contempladas en los artículos 26 y 250 *eiusdem.*

La misma Sala Constitucional se ha encargado de definir lo que entiende por tutela judicial efectiva, y señala lo siguiente:

> "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución".((Ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, 10-05-2001)

Lo que si debemos tener claro en este tema es que carece de acceso real a la justicia el ciudadano que por su escasa instrucción, o por la ausencia de medios económicos, no puede hacer uso de los mecanismos que proporciona el Estado para la resolución de conflictos. En tal sentido es necesario que se desarrollen los preceptos constitucionales que aseguran la gratuidad de la justicia, creando mecanismos de protección y asesoría gratuita efectiva, que permitan, aun en estos casos, el acceso a la justicia.

Asimismo, es responsabilidad del Estado, que se está cumpliendo a través de la construcción y habilitación de suficientes sedes judiciales, y mediante los concursos de oposición, proporcionar suficientes recursos materiales y humanos para una efectiva prestación de la tutela judicial; tanto para *asegurar la existencia de tribunales razonablemente cercanos al ciudadano,* como para preservar la dignidad de las partes y abogados, mediante el establecimiento y conservación de sedes judiciales adecuadas, y de un personal de jueces y auxiliares que proporcione un trato justo y humano a quien acude en busca de justicia.[8]

---

8. PERDOMO, Juan R.: *El acceso a la justicia,* documento on line en www.tsj.gov.

Como acertadamente reseñara el maestro *Moles Caubet*[9] la denegación de justicia no se reduce a la abstención del Juez para decidir, o al retraso ilegal de su decisión, sino que puede revestir variadas formas. Una de ellas, dice el maestro, de gran importancia, consiste en la imposibilidad de accionar, por la inexistencia de una jurisdicción competente, debido a una *falla en la organización* o en el funcionamiento del aparato jurisdiccional. Y, en definitiva, por una deficiente organización judicial. Este es el caso de la justicia administrativa en la provincia venezolana, al no tener acceso al juez natural predeterminado por la ley y así lesionar el artículo 49 de la Constitución.

IV. CONCLUSIONES

1. En el caso que nos ocupa estamos en presencia de una denegación de justicia, que viola los artículos 26, 49 y 259 de la Constitución. En efecto, que en siglo XXI no existan tribunales con competencia contencioso-administrativa en cada capital de la provincia venezolana, configura la violación de la garantía jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio del juez natural.

2. No tiene justificación ninguna esta ausencia jurisdiccional. Tanto desde el punto de vista *sociológico como científico,* amén de la descentralización, es perjudicial.

En efecto, desde el punto de vista *sociológico* la existencia de tribunales contencioso-administrativos en cada capital de Estado con competencia plena, permitiría el acceso libre y más cercano a la justicia administrativa, a los ciudadanos que viven en la provincia venezolana. También permitiría que los profesionales del derecho que quieran dedicarse o explotar tal área, puedan hacerlo. Esto significa mayor realización profesional y, por su puesto, mayor realización económica.

Desde el punto de vista *científico* creemos que el Derecho Administrativo en general, es conocido y manejado en la provincia con seriedad y capacidad. Tanto en ambientes académicos como en los foros regionales. Especialmente por la realización de los postgrados en dichas áreas.(La Universidad Católica del Táchira ejecuta un programa de postgrado a través de una Especialización en Derecho Administrativo, que convoca a los más diversos cultores del Derecho Administrativo nacional, y que me honro en coordinar). Esto conlleva a que haya gente preparada,

9. Antonio MOLES CAUBET y otros, *Contencioso-Administrativo en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1989) p.24 y 25.

científica y moralmente, para formar parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero los órganos oficiales en esta materia parecen estar sordos ante esta realidad, y de manera mezquina escamotean este orden jurisdiccional a la provincia.

Tener que hacer un viaje de cuatro horas por carretera, a riesgo de la vida del abogado, para interponer una acción contencioso-administrativa o un amparo constitucional es vergonzoso. Esto no es un Estado de Derecho por mucho que nuestros teóricos se esfuercen en pregonarlo.

V. PROPUESTAS

1. Que se destinen más recursos en el presupuesto nacional para el sector justicia, y especialmente para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. Que se ofrezcan remuneraciones acordes para una vida digna y de respeto a los jueces de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Que los jueces tiendan a la cualificación a través de la especialización indispensable, estableciendo el acceso por concurso.

4. Que se creen los Tribunales de Primera Instancia Contencioso-Administrativa en cada capital de Estado, se mantengan los Tribunales Regionales Contencioso-Administrativos, como segunda instancia, en todo el país. Que estos *tribunales sean colegiados,* formados por tres jueces. Y que se elimine la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.(Compartimos por tanto la propuesta contenida en el Proyecto de Ley elaborado por el Profesor Víctor Hernández-Mendible).

Confiamos en nuevos horizontes, abiertos a la esperanza y la ilusión, donde el Derecho Administrativo intente como la brújula en las tormentas o las hojas de ruta bajo los cielos nublados, mantener ciertos rumbos esenciales y sustancialmente inalterables.

Debemos transitar hacia una nueva justicia administrativa, con vehemencia, creatividad y firmeza, con base en los derechos fundamentales y la libertad de los administrados. Nuestra sociedad venezolana padece ,en grado extremo, hambre y sed de justicia.

En el escenario de la vigente Constitución, hacemos nuestras las apasionadas palabras del maestro *García de Enterría,* quien nos recuerda, con su habitual claridad visionaria, el pasado y futuro de la justicia administrativa:

> "No sólo ya los modelos históricos que hemos seguido y que continúan seduciendo por su prestigio y sus realizaciones han perdido su esplendor y su capacidad colonizadora, sino que normas constitucionales inequívocas nos arrastran hacia nuevos horizontes de la justicia administrativa"[10]

¡Qué así sea en Venezuela!

---

10. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas 1992.

Este libro se terminó de imprimir
durante el mes de junio del año 2005
en los talleres de SENPRESS, C.A.
Tlf.: (212)-661.1864 / 662.4313
Caracas - Venezuela

El Control Parlamentario y la Responsabilidad Política
José Guillermo Andueza

El Recurso de Revisión Constitucional contra Sentencias Definitivamente Firmes de Amparo Constitucional y de Control de Constitucionalidad de Leyes y Normas Jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva
Israel Argüello Landaeta

Los Ejidos
Alfredo Arismendi

Observaciones y Comentarios al Régimen Contencioso Administrativo de los Actos cumplidos en Ejecución de la Actividad Agroalimentaria
Alberto Baumeister Toledo

La Tutela Procesal del Administrado en la Nueva Constitución
Alberto Blanco-Uribe Quintero

El Paralelismo entre el Constitucionalismo Venezolano y el Constitucionalismo de Cádiz
Allan Randolph Brewer-Carías

La Asunción Jurisprudencial de la Interpretación Constitucional Autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano
Carlos Luis Carrillo Artiles

La Siembra del Petróleo como postulado fundamental de la Política Económica Venezolana: Esfuerzos, Expectativas y Frustraciones
Ramón Crazut

La Constitución Económica y la Intervención del Estado en la Economía
Alfredo De Stefano Pérez

Primacía de la persona en el Orden Constitucional
María Candelaria Domínguez Guillén

El Precedente Constitucional: Definición y Límites
Ramón Escovar León

Ciudadanos y Ciudadanas
Eugenio Hernández-Bretón

Tierra, Pan, Trabajo y Justicia
Gustavo Linares Benzo

La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela
Jesús Ollarves Irazábal

La Actividad Administrativa de Fomento en Venezuela
José Peña Solís

Retiro de los Actos Administrativos en Derecho Colombiano
Gustavo Quintero Navas

La Solidaridad Interterritorial en la Constitución de 1999
Manuel Rachadell

El Derecho de Control de Datos Personales en el Derecho Europeo Comparado
Rafael Ortíz-Ortíz

Apuntes Jurídicos sobre Ordenación del Territorio y Desarrollo sostenible en la Venezuela Contemporánea
Armando Rodríguez García

El Principio de Legalidad Sustantivo Penal en los Textos Constitucionales de la República
José Tadeo Sain Silveira

Régimen Administrativo de la Política Exterior
Juan Carlos Sainz Borgo

De las Demandas contra los Estados y Municipios y la Casación. Análisis Jurisprudencial
José Gregorio Silva Bocaney

Hacia un nuevo concepto de Servicio Público. Su visión en la Constitución Venezolana de 1999
Octavio Sisco Ricciardi

El Acceso a la Justicia Administrativa en la Provincia Venezolana
José Luis Villegas Moreno